

Les institutions de démocratie directe imposées aux cantons par la constitution fédérale

Partie III. 2.)

VINCENT MARTENET

Genève, décembre 1997

LES INSTITUTIONS DE DEMOCRATIE DIRECTE IMPOSEES AUX CANTONS PAR LA CONSTITUTION FEDERALE

Vincent Martenet, avocat, assistant à l'Université de Genève

*Le fédéralisme n'est que l'application de la
démocratie aux diverses collectivités qui
composent la société.¹*

INTRODUCTION	2
A. L'autonomie constitutionnelle des cantons.....	2
B. La clause d'homogénéité de la Constitution fédérale	3
I. L'INITIATIVE CONSTITUTIONNELLE.....	6
A. L'objet de l'initiative.....	6
1. La portée de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.....	6
2. Les limites matérielles de l'objet de l'initiative	8
a) Les limites hétéronomes	8
b) Les limites autonomes supérieures	9
c) Les limites autonomes inférieures	10
3. Les limites formelles de l'objet de l'initiative.....	14
B. La nature de l'initiative	15
C. La forme de l'initiative	16
D. La titularité du droit d'initiative.....	18
E. L'initiative «générale» ou «de type unique»	20
II. LE REFERENDUM CONSTITUTIONNEL	22
A. L'objet du référendum.....	22
1. La portée de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.....	22
a) Le référendum constituant	22
b) Le référendum de révision constitutionnelle.....	23
2. L'objet minimal du référendum	23
3. Les limites de l'objet du référendum.....	26
B. La nature du référendum	27

¹ RENE CAPITANT, *Le fédéralisme démocratique*, in *Ecrits constitutionnels*, Paris 1982, pp. 159-165, 162.

C. <i>L'organe constituant</i>	30
1. Le peuple.....	30
2. La majorité du peuple.....	32
III. LE PLEBISCITE ET LE REFERENDUM TERRITORIAL.....	33
A. <i>L'objet de la consultation populaire</i>	33
1. Les notions de plébiscite et de référendum territorial.....	33
2. La création d'un canton.....	34
3. La cession d'un territoire.....	35
B. <i>La nature de la consultation populaire</i>	37
C. <i>L'organe référendaire</i>	38
IV. LE REFERENDUM CONVENTIONNEL.....	40
A. <i>La problématique</i>	40
B. <i>L'objet du référendum</i>	42
1. Les conventions contraires à la constitution cantonale.....	42
2. Les conventions non dénonçables.....	44
C. <i>La nature du référendum</i>	45
D. <i>L'organe référendaire</i>	46
CONCLUSION.....	47
A. <i>La justiciabilité de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale</i>	47
B. <i>Quelques réflexions prophylactiques</i>	49

INTRODUCTION

A. L'autonomie constitutionnelle des cantons

Le fédéralisme suisse repose sur quelques piliers juridiques, parmi lesquels figure «une substantielle autonomie des cantons dans la détermination de leur organisation et de leurs procédures politiques (notamment constitutionnelle et législative)»². Cette liberté d'organisation porte en particulier sur les droits politiques accordés aux citoyens. Parmi ces droits figurent les institutions traditionnelles de démocratie directe que sont l'initiative et le référendum. Ces institutions correspondent même –

² PETER SALADIN, *Commentaire de l'article 3 de la Constitution fédérale*, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1986, p. 10, n° 16.

historiquement et émotionnellement – à une sorte de noyau dur du fédéralisme:

«Les institutions démocratiques cantonales et communales apparaissent d'abord comme le véritable fondement du fédéralisme. En effet, l'une des plus élémentaires compétences des cantons, que ceux-ci défendent avec une vigueur et une jalousie particulières, est l'autonomie de leur organisation interne, à savoir précisément la démocratie cantonale et communale.»³

Les cantons jouissent de l'autonomie organisationnelle⁴, spécialement en ce qu'elle concerne la libre détermination des compétences de l'ensemble du corps électoral cantonal ou d'une fraction de celui-ci. L'autonomie organisationnelle ne représente toutefois qu'une composante d'une autonomie plus large, savoir *l'autonomie constitutionnelle*. Cette dernière comprend, outre des aspects relevant strictement de l'organisation cantonale, des aspects structurels – découpage du territoire cantonal en collectivités – et substantiels – reconnaissance de libertés et de droits fondamentaux ou énumération des tâches de l'Etat dans la constitution cantonale.

L'autonomie constitutionnelle des cantons, quoique consacrée par la Constitution fédérale⁵, connaît cependant diverses limites. Le noyau de celles-ci a son siège à l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale. Cette disposition équivaut à une clause garantissant *l'homogénéité* des institutions fédérales et fédérées. Elle se rapporte expressément à la démocratie directe...

B. La clause d'homogénéité de la Constitution fédérale

La clause d'homogénéité que forme l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale tend à éviter de trop grandes divergences entre les systèmes étatiques fédérés ainsi qu'entre ceux-ci et le système étatique fédéral. Déjà MONTESQUIEU, premier théoricien de l'homogénéité fédérale, estimait que «la constitution fédérative doit être composée d'Etats de même nature, surtout d'Etats républicains»⁶. Dans le droit fil de cette approche du

³ ANDREAS AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, RDS 1984 II 1-110, 36, n° 41.

⁴ Voir spécialement PETER SALADIN, *Zur Organisations- und Verfahrenshoheit der schweizerischen Kantone*, in FRIED ESTERBAUER, HELMUT KALKBRENNER, MARKUS MATTMÜLLER et LUTZ ROEMHELD (éd.), *Von der freien Gemeinde zum föderalistischen Europa, Festschrift für Adolf Gasser zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, pp. 339-355.

⁵ PETER SALADIN, *Bund und Kantone – Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, RDS 1984 II 431-590, 495-497.

⁶ *De l'esprit des lois*, livre IX, chapitre II.

fédéralisme, CARL SCHMITT soutient, en se référant notamment à l'article 6 de la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874, que «la résolution des antinomies de la fédération tient à ce que toute fédération repose sur une condition préalable capitale, l'homogénéité de tous les membres de la fédération»⁷. En Suisse, la doctrine relative à l'homogénéité au sein de l'Etat fédéral a été synthétisée en particulier par JEAN-FRANÇOIS AUBERT:

«En tout cas, l'autonomie des Etats fédérés n'est jamais totale. S'il est vrai qu'ils se donnent leur organisation, et ne la reçoivent pas, ils n'en doivent pas moins respecter certaines limites. Appartenant à un Etat supérieur, il est juste qu'ils en suivent les principes.»⁸

L'article 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale impose aux cantons le respect du principe *républicain*. La Révolution neuchâteloise de 1848 a permis à celui-ci de faire son entrée dans la Constitution fédérale⁹. Le principe républicain s'oppose au principe héréditaire et recèle ainsi le principe électif, plus généralement le principe égalitaire¹⁰.

L'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale contraint les cantons à mettre en place certaines institutions de démocratie directe, savoir l'initiative et le référendum en matière constitutionnelle. Cette disposition enjoint par conséquent aux cantons de respecter le principe *démocratique*. Plus précisément, elle pose – et impose – le principe de *la souveraineté du peuple*:

«Fordert ja das demokratische Prinzip, das Bund und Kantone beherrscht, in allererster Linie die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Art. 6 Abs. 2 lit. c BV erfüllt somit eine doppelte Funktion: er bildet die formale Geltungsquelle der Kantonsverfassung und hat die Volkssouveränität in der kantonalen Verfassungsgesetzgebung sicherzustellen.»¹¹

⁷ *Théorie de la Constitution*, traduit de l'allemand par LILYANE DEROCHÉ, Paris 1993, pp. 522-524.

⁸ *Traité de droit constitutionnel suisse*, volume I, Neuchâtel et Paris 1967, p. 216, n° 567.

Voir également FRITZ FLEINER et ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1949, pp. 55-56: «Bund und Kantone müssen nämlich (...) aus politischen Gründen eine gewisse Homogenität in den Grundzügen ihrer Organisation aufweisen. Dies erscheint für das richtige Funktionieren des Bundesstaates unentbehrlich.».

Sur la question de l'homogénéité au sein de la Confédération suisse, voir spécialement CURT GASTEYGER, *Die politische Homogenität als Faktor der Föderation*, thèse Zurich, Berlin 1954.

⁹ ALFRED KÖLZ, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne 1992, p. 582.

¹⁰ AUBERT (note 8), p. 216, n° 570.

¹¹ ZACCARIA GIACOMETTI, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zurich 1941, p. 25; voir également KÖLZ (note 9), spécialement pp. 303-309 et 579-583; WERNER WÜTHRICH, *Die kantonalen Volksrechte im Aargau*, thèse Saint-Gall,

Les limites de l'autonomie constitutionnelle des cantons que comportent les lettres b et c de l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale datent de l'époque de la création de l'Etat fédéral. Leur ancienneté conduisent certains auteurs à conclure qu'«elles n'ont aujourd'hui plus qu'une importance historique»¹². S'agissant des institutions de démocratie directe imposées aux cantons par la Constitution fédérale, cette conclusion mérite néanmoins d'être nuancée. Bon nombre de questions relatives à l'initiative constitutionnelle (I) et au référendum constitutionnel (II) demeurent en suspens. En outre, il convient également de se demander si – et, le cas échéant, dans quelle mesure – la Constitution fédérale impose aux cantons le plébiscite et le référendum territorial (III) ainsi que le référendum conventionnel (IV).

Les développements qui suivent se fondent sur la Constitution fédérale actuellement en vigueur, plus précisément sur son article 6 al. 2 let. c. Le projet de mise à jour de la Constitution fédérale¹³ ne les remet pas en cause puisque son article 42¹⁴ reprend, de l'avis du Conseil fédéral, le contenu de l'article 6 de la Constitution fédérale¹⁵. Il y a cependant lieu de souligner que ledit projet contient une disposition ayant trait au nombre et au territoire des cantons¹⁶. Selon le Conseil fédéral, cette innovation n'est

Saint-Gall 1990, pp. 21-22; ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum populaires – Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, pp. 34-35, n° 32.

¹² JEAN-DANIEL DELLEY et ANDREAS AUER, *Structures politiques des cantons*, in RAIMUND E. GERMANN et ERNEST WEIBEL (éd.), *Handbuch politisches System der Schweiz – Manuel système politique de la Suisse*, volume 3: Fédéralisme, Berne et Stuttgart 1986, pp. 85-105, 86.

En 1848, l'article 6 de la Constitution fédérale équivalait à une véritable "révolution constitutionnelle": «*Mit der Neuformulierung des «Homogenitätsartikels» 6 der Verfassung schuf die Tagsatzungskommission eine der progressivsten und weittragendsten Bestimmungen des ganzen Verfassungswerkes. Mit ihr wurde nichts weniger als die inhaltlich und zeitlich nicht beschränkte verfassungsgebende Gewalt des Volkes sowie die auf der Rechtsgleichheit beruhende individualistische Demokratie konstituiert.*» (KÖLZ [note 9], p. 582).

¹³ FF 1997 I 597-645.

¹⁴ Article 42 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 605):

¹ Chaque canton se dote d'une constitution démocratique. Celle-ci doit avoir été acceptée par le peuple et pouvoir être révisée à la demande de la majorité des citoyens ayant le droit de vote.

² Les constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération. Cette garantie est accordée si elles ne sont pas contraires au droit fédéral.

¹⁵ FF 1997 I 1 ss (message du 20 novembre 1996), 220-221.

¹⁶ Article 44 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 605-606):

¹ La Confédération protège le nombre et le territoire des cantons.

² Toute modification du nombre des cantons doit être acceptée par les cantons concernés et par le peuple et les cantons.

toutefois que formelle puisque cet article «met à jour le contenu normatif des articles 1 et 5 [de la Constitution fédérale] et codifie les principes constitutionnels que la jurisprudence a déduits de ces dispositions»¹⁷. Aussi notre propos embrassera-t-il sinon formellement, du moins matériellement tant le droit positif que le droit "à naître".

I. L'INITIATIVE CONSTITUTIONNELLE

A. L'objet de l'initiative

1. *La portée de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale*

En vertu de l'article 6 al. 2 let. c *in fine* de la Constitution fédérale, la garantie de la Confédération est accordée aux constitutions cantonales à condition qu'elles «puissent être révisées lorsque la majorité absolue des citoyens le demande». A l'époque où l'article 6 de la Constitution fédérale a été adopté, soit à la naissance de l'Etat fédéral, la Confédération ne connaissait que l'initiative populaire tendant à la révision totale de la Constitution fédérale. En dépit du manque de clarté de la disposition précitée, il paraît évident que le constituant n'a pas voulu se montrer plus rigoureux à l'égard des cantons qu'à l'égard de la Confédération¹⁸. La clause d'homogénéité tend uniquement à assurer une concordance *minimale* entre les institutions fédérales et fédérées.

L'introduction, en 1891, de l'initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale n'a, à notre sens, pas modifié la portée de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale¹⁹. Les modifications apportées pas le constituant à l'organisation de la Confédération ne doivent pas nécessairement être reprises par les cantons. Soutenir le contraire signifie que l'autonomie des cantons n'est qu'illusion et fragilité et que la Constitution fédérale contraint ces derniers au mimétisme. Or

³ Toute modification de territoire entre les cantons doit être acceptée par la population et les cantons concernés et par le peuple et les cantons.

¹⁷ FF 1997 I 1 ss (message du 20 novembre 1996), 222.

¹⁸ JOHANN JAKOB SCHOLLENBERGER, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – Kommentar mit Einleitung*, Berlin 1905, pp. 141-142; WERNER GUT, *Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch den Bund*, thèse Zurich, Lachen 1928, p. 22; GRISEL (note 11), p. 36, n° 36.

¹⁹ Contra: FLEINER/GIACOMETTI (note 8), pp. 58-59; ANDREAS AUER, *Les droits politiques dans les cantons suisses*, Genève 1978, p. 47.

aucun auteur ne soutient, par exemple, que les cantons sont tenus de prévoir le référendum législatif depuis que la Confédération connaît cette institution.

Il est également erroné d'interpréter de façon extensive la lettre c de l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale parce qu'elle concerne un droit populaire²⁰. Le principe cardinal de l'autonomie constitutionnelle des cantons plaide pour une interprétation stricte de cette disposition. Au reste, il convient de privilégier, face à une norme organisationnelle ou structurelle, la méthode d'interprétation historique²¹. Or, cette méthode conduit clairement à une interprétation restrictive de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.

Pour des motifs d'ordre essentiellement historique, il convient de retenir que l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale n'impose que l'initiative tendant à la révision totale de la constitution cantonale²². Celle-ci se définit comme un ou plusieurs documents écrits²³, clairement individualisés par rapport aux autres actes étatiques, incorporant «la structure fondamentale de l'organisation cantonale»²⁴. Cette structure doit être changée en tout cas lorsque «la majorité absolue des citoyens» en forme le vœu. Telle est la signification de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale. Cette volonté de révision ne peut cependant se manifester que dans le respect du droit supérieur.

²⁰ Cette approche est toutefois défendue par REMO CEREGHETTI (*Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht*, thèse Zurich, Winterthur 1956, p. 53).

²¹ ATF 112 Ia 208 ss (17 septembre 1986), 213 = JT 1988 I 258 ss, 262.

²² Dans ce sens, SCHOLLENBERGER (note 18), pp. 141-142; GUT (note 18), p. 22; WALTHER BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3^e éd., Berne 1931, p. 69; GIACOMETTI (note 11), p. 27; PETER SALADIN, *Commentaire de l'article 6 de la Constitution fédérale*, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1986, p. 17, n° 69; WÜTHRICH (note 11), p. 9; GRISEL (note 11), pp. 36 et 191, n° 36 et 472. Le Conseil fédéral défend également une interprétation restrictive de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale (FF 1995 I 957 ss [message du 2 novembre 1994], 981 et les références doctrinales).

Contra: FLEINER/GIACOMETTI (note 8), pp. 58-59; CEREGHETTI (note 20), p. 53; AUBERT (note 8), p. 218, n° 572; AUER (note 19), p. 47.

²³ Voir notamment MARCEL BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, volume I, Lausanne 1965, p. 132, note 2; AUBERT (note 8), p. 219, n° 575; YVO HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, volume I, Zurich 1980, p. 60; ANDREAS AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983, p. 146, n° 258; SALADIN (note 22), p. 3, n° 4.

²⁴ SALADIN (note 22), p. 4, n° 10.

2. Les limites matérielles de l'objet de l'initiative

a) Les limites hétéronomes

L'objet de l'initiative constitutionnelle est matériellement limité par l'ensemble du droit fédéral²⁵. La lettre de l'article 6 al. 2 let. a de la Constitution fédérale est, à cet égard, trop restrictive. Au droit fédéral, il convient d'ajouter l'ensemble du droit international liant la Confédération²⁶.

En revanche, le droit conventionnel – international ou intercantonal – liant les cantons uniquement ne restreint pas le contenu de l'initiative constitutionnelle cantonale dans la mesure où il peut être dénoncé²⁷. Une initiative heurtant une convention liant le canton dans lequel elle est déposée comporte – à tout le moins implicitement – un mandat de dénonciation²⁸. Dans le même ordre d'idées, une initiative constitutionnelle, conçue en termes généraux, peut parfaitement demander aux autorités d'entreprendre des démarches en vue de passer une convention dans un domaine déterminé avec un ou plusieurs partenaires²⁹.

Ainsi, seuls le droit fédéral, le droit international liant la Confédération et le droit conventionnel non dénonçable liant les cantons³⁰ limitent matériellement l'objet de l'initiative constitutionnelle cantonale prescrite par la Constitution fédérale. Du moment que seule l'initiative constitutionnelle cantonale conçue en termes généraux est prescrite par la Constitution fédérale³¹, le risque de voir une telle initiative se trouver en contradiction inextricable avec le droit supérieur est extrêmement réduit. Le risque est même nul lorsque l'initiative porte uniquement sur le principe de la révision. Un tel risque n'existe en définitive que lorsque l'initiative comporte des directives matérielles.

²⁵ AUBERT (note 8), p. 216, n° 569; SALADIN (note 22), pp. 11-12, n°s 35-44; GRISEL (note 11), pp. 36, 194 et 256, n°s 37, 481 et 670.

²⁶ SALADIN (note 22), p. 12, n°s 45-48.

²⁷ Dans ce sens, GRISEL (note 11), pp. 256-257, n° 671.

²⁸ Comp. RAINER J. SCHWEIZER, *Kantonale Kompetenzordnung und interkantonale Vereinbarungen*, in FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE BALE, *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973*, Bâle et Stuttgart 1973, pp. 131-157, 154-155.

²⁹ Comp. SCHWEIZER (note 28), p. 153.

³⁰ Sur ce point, voir *infra* IV.B.2.

³¹ Voir *infra* I.C.

b) *Les limites autonomes supérieures*

Les limites autonomes supérieures préservent certaines règles jugées fondamentales de toute possibilité de révision³². Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³³, la pratique des autorités politiques fédérales³⁴ et la doctrine unanime³⁵, l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale empêche les cantons d'instaurer des limites autonomes supérieures à la révisibilité des constitutions cantonales. Aussi «la majorité absolue des citoyens» d'un canton a-t-elle accès à l'ensemble de la constitution cantonale, en ce sens que cette dernière est *en tout point* exposée à la révision. En d'autres termes, l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale prohibe les «clauses d'éternité».

Pour obtenir la garantie de la Confédération, les dispositions constitutionnelles cantonales relatives à la révision de la constitution doivent prévoir la révisibilité en tout temps (*jederzeit*) de cette dernière par la voie de l'initiative populaire. Ce point rencontre l'approbation des autorités politiques fédérales³⁶ et de la doctrine unanime³⁷. La révision

³² Voir notamment AUBERT (note 8), p. 130, n° 324.

³³ ATF 96 I 636 ss (8 décembre 1970), 652: «Bemerkt sei lediglich, dass Art. 6 Abs. 2 lit. c BV wohl nur die Aufstellung sogenannter autonomer Schranken der Revision kantonaler Verfassungen verbietet (...).».

³⁴ FF 1995 I 957 ss (message du 2 novembre 1994), 981: «Il n'est pas non plus admissible de soustraire certaines parties de la constitution [cantonale] à toute possibilité de révision, à l'instar du système allemand (...).»; FF 1995 III 560-561 (arrêté fédéral du 12 juin 1995).

³⁵ GIACOMETTI (note 11), p. 451: «Dieses Problem der Rechtsschranken der Verfassungsrevision erscheint aber im kantonalen Verfassungsrecht gegenstandslos. Denn einerseits dürfen die kantonalen Verfassungsurkunden von Bundesverfassungsrechts wegen keine ewigen Bestimmungen enthalten, da sie gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c der Bundesverfassung auf Verlangen der absoluten Mehrheit der Bürger jederzeit revidierbar sind. Andererseits bestehen nach bestimmten Richtungen Bundesschranken der materiellen, wenn auch nicht formellen Abänderung der kantonalen Verfassungsurkunden und Verfassungsgesetze.».

Voir également RENE A. RHINOW, *Die Totalrevision der Kantonsverfassung – Zur Problematik gliedstaatlicher Staatsreformen*, in FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE BALE, *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973*, Bâle et Stuttgart 1973, pp. 113-129, 116; SALADIN (note 22), p. 17, n° 66; WÜTHRICH (note 11), p. 9; GRISEL (note 11), pp. 36-37, n° 37.

³⁶ FF 1995 I 957 ss (message du 2 novembre 1994), 980: «Il est incontesté dans la doctrine que les cantons n'ont pas le droit d'instaurer des délais en matière de révision constitutionnelle (...).»; FF 1995 III 560-561 (arrêté fédéral du 12 juin 1995).

³⁷ SCHOLLENBERGER (note 18), p. 140; GUT (note 18), p. 21; BURCKHARDT (note 22), p. 69; GIACOMETTI (note 11), p. 27; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 58; CEREGHETTI (note 20), p. 53; AUBERT (note 8), p. 218, n° 572; AUER (note 19), p. 47; SALADIN (note 22), p. 17, n° 65-68; WÜTHRICH (note 11), p. 9; ULRICH HÄFELIN et WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht – Ein Grundriss*, 3^e éd., Zurich 1993, p. 81, n° 246; GRISEL (note 11), p. 36, n° 37.

d'une constitution cantonale ne saurait par exemple être exclue avant l'expiration d'un délai de «carence», ainsi que le prévoyaient la plupart des constitutions cantonales adoptées au temps de la Régénération³⁸. Dans le même ordre d'idée, la fraction du corps électoral cantonal à laquelle appartient le droit d'initiative en matière constitutionnelle peut lancer *en tout temps* une initiative proposant une révision constitutionnelle ayant déjà fait l'objet d'un prononcé populaire négatif. Il résulte de ces considérations que les cantons ne sont pas autorisés à instaurer, même provisoirement, des limites autonomes supérieures à la révisibilité des constitutions cantonales.

En conclusion, l'initiative constitutionnelle prescrite par l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale peut tendre à la révision totale de la constitution cantonale en tout temps *et* en tout point. Aussi l'ordre constitutionnel est-il constamment *et* intégralement exposé au vent de la réforme. Encore faut-il que ce dernier veuille bien souffler...

c) *Les limites autonomes inférieures*

Les limites autonomes inférieures permettent d'écarter «des règles (ou des décisions) trop insignifiantes pour être constitutionnalisées»³⁹. Elles ont ainsi pour fonction d'assurer la rencontre entre la constitution formelle et la constitution matérielle.

L'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale participe de la souveraineté du peuple, de la primauté de ce dernier sur les autres organes de l'Etat⁴⁰. Le peuple, érigé en organe suprême du canton, détient ainsi les premier et dernier mots en matière de révision constitutionnelle. Ses vues, pour autant qu'elles respectent le droit supérieur, ne sauraient être discutées par un autre organe cantonal. Cette primauté de même que cette seule soumission au droit supérieur découlent clairement de l'article 6 al. 2 let. a et c de la Constitution fédérale. Cette dernière paraît dès lors exclure l'instauration de limites autonomes, même inférieures, à la révisibilité des constitutions cantonales.

Eu égard à la souveraineté du peuple, les vues matérielles de la fraction du corps électoral titulaire du droit d'initiative constitutionnelle,

³⁸ FF 1850 II 223 ss (Rapport de la Commission du Conseil national, du 7 mai 1850), 226; voir également CEREGETTI (note 20), p. 53; SALADIN (note 22), p. 17, n° 68; WÜTHRICH (note 11), p. 9; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 81, n° 246; GRISEL (note 11), p. 36, n° 37.

³⁹ AUBERT (note 8), p. 130, n° 324.

⁴⁰ Voir *supra* Introduction (B.).

si elles se conforment au droit supérieur, priment celles que pourraient nourrir le gouvernement, le parlement ou les tribunaux. Au reste, la démocratie directe semble difficilement compatible avec d'éventuelles limites autonomes à la révisibilité des constitutions cantonales⁴¹. Enfin, l'absence de définition satisfaisante du droit constitutionnel matériel, en Suisse comme ailleurs, s'oppose à la reconnaissance de limites autonomes inférieures à la révisibilité des constitutions⁴². Il n'est, en effet, pas permis de dire avec certitude quelles règles entrent ou non «dans le domaine de la constitution». Accorder à une autorité politique ou judiciaire la compétence de sélectionner les initiatives populaires dignes d'entrer dans la constitution cantonale enfreint le principe démocratique, peut être la source d'abus et permet à cette autorité de définir la constitution. Or, l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale s'oppose précisément à tout cela. Aussi estimons-nous que cette dernière ne permet pas aux cantons d'instituer des limites autonomes inférieures à la révisibilité de leur constitution.

«Les cantons ne sont pas habilités à limiter sur le plan matériel la révision de leur constitution»⁴³. Sur la base de cette affirmation, le Conseil fédéral devait naturellement dénier aux cantons la faculté de poser des limites autonomes supérieures *ou* inférieures à la révisibilité de leur constitution. Paradoxalement, il a néanmoins proposé à l'Assemblée fédérale – qui l'a suivi – d'accorder la garantie au nouvel article 100 al. 3 ch. 4 de la Constitution valaisanne, selon lequel le Grand Conseil constate la nullité de l'initiative populaire en matière constitutionnelle «qui n'entre pas dans le domaine de la Constitution»⁴⁴. Or l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst.

⁴¹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in *Procès-verbal de la 125^e assemblée annuelle de la société suisse des juristes, protocole du 6 octobre 1991*, RDS 1991 II 368-369 (les remarques concernent la Confédération mais valent manifestement *mutatis mutandis* pour les cantons): «... Il s'agit des limites matérielles qu'on peut poser à la révisibilité des constitutions. (...) Pour nous, en Suisse, la question se pose autrement, puisque toutes nos révisions constitutionnelles finissent toujours devant le peuple et les cantons. On voit quand même assez mal qu'on dise un jour au peuple et aux cantons qu'il y a des choses qu'ils n'ont pas le droit de faire. (...) Différente est la question des limites matérielles qui seraient en quelque sorte extérieures au droit national suisse, les limites matérielles qui viendraient du droit international, du droit européen. Celles-là nous les admettons dans la mesure où elles sont précises. Mais je crois que la discussion de tout à l'heure portait sur des limites matérielles internes à la constitution. Nous avec notre système de démocratie directe, nous avons de la peine à nous en accommoder.»

⁴² AUBERT (note 8), pp. 133-134, n° 333.

⁴³ FF 1995 I 957 ss (message du 2 novembre 1994), 980.

⁴⁴ FF 1995 I 957 ss (message du 2 novembre 1994), 980-982; FF 1995 III 560-561 (arrêt fédéral du 12 juin 1995).

VS limite matériellement la révisibilité de la Constitution valaisanne⁴⁵. L'ordre constitutionnel valaisan, garanti par la Confédération, connaît ainsi une limite autonome inférieure à la révisibilité de sa charte fondamentale.

Certes, le Conseil fédéral a estimé que l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS, parce qu'il ne s'applique qu'aux initiatives rédigées de toutes pièces, se conforme à l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, qui n'impose que l'initiative demandant la révision totale de la constitution cantonale⁴⁶. Toutefois, parallèlement à cette exigence strictement institutionnelle, cette disposition de la Constitution fédérale pose et impose le principe fondamental de la souveraineté du peuple⁴⁷. Ce principe a une portée générale⁴⁸ et signifie que les vues matérielles du corps électoral, exprimées dans le cadre des institutions, priment celles des autres organes de l'Etat. Très concrètement, les autorités politiques ou judiciaires d'un canton ne sauraient s'opposer à la volonté de constitutionnaliser une matière, manifestée – dans le respect des formes et du droit supérieur – par la fraction du corps électoral titulaire du droit d'initiative constitutionnelle.

Le fait qu'un canton connaisse ou exclue d'autres institutions de démocratie directe, comme l'initiative législative ou l'initiative administrative, n'est pas non plus déterminant. En effet, une initiative constitutionnelle, peu importe qu'elle ait un contenu plutôt législatif ou administratif, est destinée à s'intégrer dans la constitution elle-même, au niveau de la réglementation des institutions de démocratie directe. En vertu de la règle «lex posterior derogat priori» et du principe du parallélisme des formes, l'initiative constitutionnelle peut valablement entraîner, si elle est approuvée en votation populaire, une redéfinition du

⁴⁵ Dans l'avis de droit qu'il a rédigé à la demande du gouvernement valaisan, ETIENNE GRISEL estime que l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS «n'implique pas à proprement parler une limite matérielle à la révision de la Constitution cantonale» et qu'il a «une fin et une portée essentiellement formelles» (avis de droit non publié du 28 avril 1994, p. 7). Cependant, c'est bel et bien le contenu de l'initiative populaire – sa matière, non sa forme – qui détermine l'application de l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS.

⁴⁶ Voir *supra* I.A.1.

⁴⁷ GIACOMETTI (note 11), p. 25; KÖLZ (note 9), spécialement pp. 579-583; GRISEL (note 11), pp. 34-35, n° 32.

⁴⁸ ALFRED KÖLZ, *Vom Veto zum fakultativen Gesetzesreferendum*, in ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, GEORG MÜLLER et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich 1981, pp. 191-209, 207: «Heute steht der Grundsatz der Volkssouveränität schweizerischer Prägung praktisch unangefochten da. Er ist «errungenes» und gefestigtes Recht und bildet einen Hauptpfeiler der staatlichen Legitimität.».

constitutionnalisme cantonal et une modification de l'architecture de la démocratie directe cantonale.

Au reste, les cantons demeurent libres, si leur constitution le permet⁴⁹, de rétrograder au niveau législatif ou même administratif une initiative dans laquelle les initiants n'ont pas formellement exprimé le vœu de réviser la constitution. La rétrogradation nous paraît d'ailleurs la seule sanction proportionnée s'agissant des cantons qui connaissent l'initiative législative ou administrative. Aussi l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS, qui sanctionne par *la nullité* l'initiative populaire qui «n'entre pas dans le domaine de la Constitution», heurte de plein fouet le principe de la proportionnalité et le principe démocratique. Une rétrogradation d'une telle initiative était en effet possible dans ce canton, puisqu'il connaît les institutions de l'initiative législative et de l'initiative administrative⁵⁰. Pour ce motif également, l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS nous paraît difficilement admissible.

Le Conseil fédéral et le professeur ETIENNE GRISEL tirent argument du fait que l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS a une portée limitée puisqu'il «ne concerne que l'initiative rédigée de toutes pièces»⁵¹. Mais c'est précisément ce type d'initiative qu'utilisent le plus souvent les initiants. C'est surtout ce type d'initiative qui est le plus efficace et qui risque le plus de déplaire au Grand Conseil⁵². Aussi une vigilance et une méfiance de tous les instants sont-elles de mise à l'égard de mécanismes qui permettent à une autorité politique de sanctionner par la nullité une initiative populaire sur la base de critères matériels imprécis. L'article 100 al. 3 ch. 4 de la Constitution valaisanne doit rester lettre morte!

En conclusion, la Constitution fédérale interdit d'une manière générale l'instauration de limites autonomes inférieures à la révisibilité des constitutions cantonales. Cette interdiction concerne essentiellement l'initiative tendant à la révision partielle de ces dernières. Elle s'applique

⁴⁹ Art. 59 al. 3 Cst. BE; § 28 al. 3 Cst. BS; § 29 al. 3 Cst. BL; art. 53 Cst. AR; art. 35 al. 1 Cst. VS; art. 65 Cst. GE.

⁵⁰ Art. 33 al. 1 Cst. VS.

⁵¹ FF 1995 I 957 ss (message du 2 novembre 1994), 981; avis de droit précité (note 45), pp. 3-4. Pour déterminer la portée de l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS, ETIENNE GRISEL se fonde essentiellement sur le message du Conseil d'Etat valaisan.

⁵² Cf. AUBERT (note 8), p. 149, n° 381 (les remarques concernent la Confédération mais valent manifestement *mutatis mutandis* pour les cantons): «Il n'est pas besoin de longues réflexions pour comprendre que le projet rédigé est un procédé plus efficace que le vœu. Il est soumis au référendum sans que les Chambres y puissent rien changer. Or n'oublions pas que les initiatives populaires sont, en général, l'oeuvre d'une minorité, et que les Chambres leur sont rarement favorables.».

aussi à leur révision totale puisqu'aucune autorité constituée n'est légitimée à opposer de telles limites aux directives matérielles figurant – par hypothèse – dans une initiative tendant à une révision de ce type.

3. *Les limites formelles de l'objet de l'initiative*

La Constitution fédérale se borne à imposer aux cantons l'initiative tendant à la révision totale de la constitution cantonale⁵³. Au surplus, il suffit que l'initiative puisse être déposée sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux⁵⁴. Aussi les limites formelles habituelles de l'objet des initiatives populaires – unités de rang, de forme et de matière ainsi qu'exécutabilité⁵⁵ – sont-elles pratiquement sans effet à l'endroit d'une initiative, conçue en termes généraux, tendant à la révision totale de la constitution cantonale.

Si l'initiative porte uniquement sur *le principe* de la révision totale de la constitution cantonale, elle ne connaît aucun obstacle d'ordre formel. Les unités de rang, de forme ou de matière ne sont pas touchées par une telle initiative, qui est toujours réalisable juridiquement.

Si l'initiative comporte *des directives matérielles* destinées à aiguiller la révision totale de la constitution cantonale, elle trouve alors quelques obstacles d'ordre formel sur son chemin. Ces obstacles relèvent essentiellement du principe de l'unité de la matière. Ce principe est appliqué de manière stricte dans le domaine constitutionnel⁵⁶. Toutefois, l'unité de la matière s'applique de manière plus souple dans le cas d'une initiative conçue en termes généraux que dans celui d'une initiative rédigée de toutes pièces⁵⁷.

Pour que le principe de l'unité de la matière soit respecté, «il suffit qu'il existe entre les différentes propositions – en cas de propositions nouvelles avant tout quant à leur but, en cas de modifications également quant à la réglementation précédente – un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée leur réunion en une seule

⁵³ Voir *supra* I.A.1.

⁵⁴ Voir *infra* I.C.

⁵⁵ Voir notamment IVO CAVIEZEL, *Die Volksinitiative: im allgemeinen und unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Graubünden*, thèse Fribourg, Fribourg 1990, pp. 78-123; GRISEL (note 11), pp. 248-255, n^{os} 644-666.

⁵⁶ ATF 113 Ia 46 ss (18 février 1987), 52 = JT 1989 I 198 ss, 201, à propos des révisions partielles de la constitution cantonale; voir également AUER (note 19), p. 124; GRISEL (note 11), p. 252, n^o 658.

⁵⁷ ATF 123 I 152 ss (19 mars 1997), 155 et les références jurisprudentielles.

initiative et en une seule question soumise au vote»⁵⁸. Les différentes directives matérielles figurant – par hypothèse – dans une initiative populaire tendant à la révision totale de la constitution cantonale doivent ainsi se trouver dans un rapport de connexité⁵⁹. Là réside en définitive la seule véritable limite formelle de l'objet de l'initiative que la Constitution fédérale impose aux cantons.

B. La nature de l'initiative

La Constitution fédérale laisse aux cantons l'organisation du droit d'initiative en matière constitutionnelle. Ils peuvent opter aussi bien pour l'*initiative plurale*⁶⁰ que pour l'*initiative à référé*⁶¹, en accordant au moins à «la majorité absolue des citoyens» le pouvoir de déclencher l'une ou l'autre⁶². Dans le cas de l'initiative à référé, la demande de la majorité des citoyens ne correspond pas à l'exercice du droit d'initiative, mais tend à ce qu'une votation populaire sur la question de la révision de la constitution cantonale soit organisée⁶³. En d'autres termes, la majorité des citoyens inscrits doit en tout cas être habilitée – par la signature d'une demande d'initiative à référé, pour les cantons qui se contenteraient de ce type d'initiative – à solliciter une votation populaire sur l'opportunité de la révision de la constitution cantonale.

Avec ANDREAS AUER, il faut bien admettre que «le constituant fédéral, en exigeant que les cantons prévoient une sorte d'initiative constitutionnelle, visait manifestement l'opération qui consiste à *signer* une initiative ou une demande d'initiative et non pas celle qui consiste à *voter* sur l'opportunité d'une révision»⁶⁴. Si l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale n'accordait à la majorité du corps électoral que la

⁵⁸ ATF 96 I 636 ss (8 décembre 1970), 653 (traduction française du passage cité in AUER [note 19], p. 124); voir plus récemment ATF 113 Ia 46 ss (18 février 1987), 52 = JT 1989 I 198 ss, 201.

⁵⁹ Contra: CAVIEZEL (note 55), p. 111.

⁶⁰ L'initiative plurale (*Pluralinitiative*) permet à un nombre déterminé de citoyens de demander directement la révision de la constitution cantonale, sans qu'une votation préalable ne soit requise (cf. GIACOMETTI [note 11], pp. 421-422; CAVIEZEL [note 55], p. 32).

⁶¹ L'initiative à référé (*Referendumsinitiative*) est lancée par l'ensemble des électeurs dans une votation populaire préalable (*Vorabstimmung*) portant sur l'opportunité de la révision constitutionnelle; le droit de demander la votation préalable (*Initiativbegehren*) appartient soit à une fraction du corps électoral, soit à un organe étatique (cf. GIACOMETTI [note 11], p. 421; CAVIEZEL [note 55], pp. 31-32).

⁶² FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 59.

⁶³ FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 59.

⁶⁴ AUER (note 19), p. 48.

faculté de voter préalablement sur le principe de la révision de la constitution cantonale, un canton satisferait à cette règle en ne reconnaissant le droit de demander un tel vote qu'à un organe étatique tel que le parlement⁶⁵. Une telle solution revient à tolérer qu'une fraction du corps électoral ne bénéficie pas nécessairement du pouvoir de déclencher la procédure de révision de la constitution cantonale, ce qui contredit sinon la lettre, du moins l'esprit de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale⁶⁶. Cette disposition participe en effet de la souveraineté du peuple.

En résumé, «la majorité absolue des citoyens» d'un canton doit pouvoir demander, en tout temps et en tout point, soit directement par le biais de l'initiative plurale, soit indirectement par celui de l'initiative à référé, la révision totale de la constitution cantonale⁶⁷. La fraction du corps électoral à laquelle les cantons accordent le droit de lancer une initiative constitutionnelle dispose, en d'autres termes, du pouvoir de *premier mot* dans le cadre de la révision de la constitution cantonale.

C. La forme de l'initiative

La Constitution fédérale laisse aux cantons le soin de déterminer la forme de l'initiative populaire en matière constitutionnelle. Elle ne contraint en particulier pas les cantons de prévoir l'initiative constitutionnelle rédigée de toutes pièces; il suffit que l'initiative puisse être déposée sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux⁶⁸. La Constitution jurassienne, qui ne connaît que la demande «en termes généraux»⁶⁹, a ainsi obtenu la garantie de la Confédération⁷⁰. Le canton de Schwyz ne connaît pas non plus l'institution de l'initiative constitutionnelle entièrement rédigée⁷¹.

⁶⁵ Cette interprétation de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale correspond à celle que retient KURT PEROLINI (*Die Anforderungen der Bundesverfassung an die Staatsform der Kantone (Art. 6 BV)*, thèse Berne, Münsingen 1957, pp. 81-83).

⁶⁶ GUT (note 18), p. 21; BURCKHARDT (note 22), pp. 68-69; AUBERT (note 8), p. 218, n° 572; AUER (note 19), p. 48; SALADIN (note 22), p. 17, n° 69; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 81, n° 246; GRISEL (note 11), p. 35, n° 34.

⁶⁷ Comp. AUER (note 19), pp. 48-49.

⁶⁸ FF 1995 I 957 ss (message du 2 novembre 1994), 981; voir également GRISEL (note 11), pp. 35-36, n° 35.

⁶⁹ Article 75 al. 1 et 2 Cst. JU.

⁷⁰ FF 1977 II 259 ss (message du 20 avril 1977), 264-265; FF 1977 III 266-267 (arrêté fédéral du 28 septembre 1977).

⁷¹ ATF 112 Ia 208 ss (17 septembre 1986), 213-219 = JT 1988 I 258 ss, 262-266.

Du moment que la Constitution fédérale se borne à imposer aux cantons l'initiative populaire tendant à la révision totale de leur constitution, il paraît évident que l'initiative peut se limiter à prendre la forme d'un simple vœu. Une initiative tendant à la révision totale de la constitution cantonale, qui serait rédigée de toutes pièces, est certes concevable⁷², mais peut difficilement être mise en pratique. L'initiative tendant à la révision totale de la constitution cantonale, approuvée selon les cas par le peuple ou le Grand Conseil, est concrétisée par ce dernier, éventuellement renouvelé, ou par une Assemblée constituante, élue à cette fin⁷³. L'œuvre du Grand Conseil ou de l'Assemblée constituante est enfin soumise au vote du corps électoral cantonal.

Un canton peut donc se contenter de prévoir l'initiative, conçue en termes généraux, tendant à la révision totale de sa constitution. S'il ne va pas au-delà de cette exigence minimale, il doit permettre aux initiants de formuler, dans leur demande, des directives matérielles liées par un rapport de connexité. En effet, les initiants doivent être en mesure d'émettre des revendications destinées à orienter les travaux du Grand Conseil ou de l'Assemblée constituante. La souveraineté du peuple commande incontestablement que les vues de «la majorité absolue des citoyens» soient, si elles se conforment au droit supérieur, respectées par les autorités constituées. Le Grand Conseil ou l'Assemblée constituante sont par conséquent tenus de respecter les directives matérielles formulées par les initiants dans leur demande de révision totale de la constitution cantonale⁷⁴.

Une constitution cantonale qui ne prévoit qu'une initiative populaire sur le principe de sa révision totale est lacunaire. Elle doit être interprétée de façon à autoriser la formulation de directives matérielles par les initiants, contraignantes pour l'autorité chargée d'élaborer la nouvelle constitution. Une constitution cantonale qui exclurait la formulation de telles directives et qui n'instituerait aucun autre type d'initiative populaire ne respecterait pas l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale. Cette disposition signifie, par référence au principe de la souveraineté du peuple, que ce dernier est en tout temps légitimé à orienter l'action des autorités constituées.

⁷² Article 65 A Cst. GE.

⁷³ Voir spécialement URS BOLZ, *Neuere Totalrevisionen von Kantonsverfassungen. Eine Bestandesaufnahme der Revisionsverfahren*, Législation d'aujourd'hui 1992/2, pp. 55-87.

⁷⁴ Comp. ATF 115 Ia 148 ss (7 juin 1989), 154-155.

D. La titularité du droit d'initiative

En vertu de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, le droit d'initiative en matière constitutionnelle appartient en tout cas à «la majorité absolue des citoyens». Ainsi, la majorité absolue des électeurs inscrits est au minimum légitimée à réclamer une révision de la constitution cantonale⁷⁵. Un auteur soutient que les cantons devraient se contenter, pour le dépôt d'une initiative populaire tendant à la révision de la constitution cantonale, d'un nombre de signatures proportionnel aux cent mille signatures exigées au plan fédéral⁷⁶. Quoique séduisante, une telle solution ne résulte cependant d'aucune des méthodes permettant d'interpréter la Constitution fédérale⁷⁷ et ne peut dès lors être proposée qu'à titre de *lege ferenda*. Les cantons ne sont en effet pas tenus de singer les options retenues au niveau fédéral. L'autonomie constitutionnelle dont ils jouissent leur permet au contraire de s'en distancier.

La Constitution fédérale ne fixe pas le délai de récolte des signatures. Ce délai ne saurait être trop court afin de ne pas rendre illusoire l'institution de démocratie directe prévue à l'article 6 al. 2 let. c *in fine* de la Constitution fédérale. Il n'est toutefois pas possible d'arrêter un délai minimum qui s'imposerait aux cantons, tant ce délai dépend du nombre de signatures requises et du nombre d'électeurs inscrits dans le canton. A notre avis, l'Assemblée fédérale pourrait refuser de garantir une disposition constitutionnelle cantonale rendant illusoire l'exercice du droit d'initiative que la Constitution fédérale impose aux cantons. Cette question demeure – il est vrai – largement théorique.

Si les cantons disposent d'une grande liberté pour arrêter le nombre de signatures nécessaires au dépôt d'une initiative constitutionnelle et le délai de récolte des signatures, ils bénéficient en revanche d'une marge de manoeuvre singulièrement plus restreinte pour déterminer le cercle des personnes habilitées à signer une telle initiative. La réserve du droit cantonal, inscrite à l'article 74 al. 4 de la Constitution fédérale⁷⁸, ou même

⁷⁵ Voir notamment GRISEL (note 11), p. 35, n° 34.

⁷⁶ REINHOLD HOTZ, *Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung kantonaler Verfassungen*, ZBl. 1982, pp. 193-205, 203-204; voir également PIERRE TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung – Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995, p. 42, n° 60.

⁷⁷ Dans ce sens, SALADIN (note 22), pp. 17-18, n° 70.

⁷⁸ Article 47 al. 1 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 606).

l'autonomie constitutionnelle des cantons ne sauraient être invoquées pour abandonner le principe de l'égalité politique⁷⁹.

L'exercice des droits politiques – et notamment celui de signer une initiative populaire – ne saurait par exemple dépendre de la fortune, de l'origine, de la profession, de la race ou de la confession⁸⁰: «il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles»⁸¹. Par ailleurs, l'article 49 al. 4 de la Constitution fédérale stipule que «l'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse, quelles qu'elles soient». Enfin, depuis le fameux arrêt *Theresa Rohner*, les cantons ne sont plus autorisés à priver les femmes des droits politiques⁸². En définitive, seules des raisons objectives commandées par un intérêt public prépondérant permettent de dénier à un individu la titularité des droits politiques⁸³. Seuls les critères fondés sur la nationalité suisse, le domicile, l'âge ou l'interdiction pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit répondent, dans une certaine mesure, à un tel intérêt⁸⁴.

La Constitution fédérale détermine très largement la composition du corps électoral et, par voie de conséquence, le cercle des personnes légitimées à signer l'initiative constitutionnelle que son article 6 al. 2 let. c prescrit aux cantons. L'autonomie des cantons réside essentiellement dans la libre détermination du délai de récolte des signatures et de la fraction du corps électoral titulaire du droit d'initiative, ainsi que dans l'octroi des droits politiques aux étrangers⁸⁵ ou aux Suisses de l'étranger⁸⁶. Pour le surplus, la titularité du droit d'initiative populaire au plan cantonal est

⁷⁹ Sur ce principe, voir notamment PEROLINI (note 65), pp. 37-41; GRISEL (note 11), pp. 33-34, n^{os} 26-28.

⁸⁰ Voir spécialement PEROLINI (note 65), pp. 37-58 et les nombreuses références; cf. également AUBERT (note 8), pp. 216-217, n^o 570; GRISEL (note 11), pp. 33-34, n^o 28.

⁸¹ Art. 4 al. 1, 2^e phrase, de la Constitution fédérale.

⁸² ATF 116 Ia 359 ss (27 novembre 1990), 379 = JT 1992 I 98 ss, 113: «L'art. 6 al. 2 Cst. a donc acquis une nouvelle portée par la modification de l'art. 4 Cst. et ne peut plus, aujourd'hui, être interprété autrement que de façon à comprendre également les femmes parmi les citoyens ayant l'exercice du droit de vote.»

⁸³ GRISEL (note 11), pp. 33-34, n^o 28.

⁸⁴ Sur ce point, voir spécialement GRISEL (note 11), pp. 88-94, n^{os} 188-204.

⁸⁵ Voir notamment GIACOMETTI (note 11), pp. 186-187; AUER (note 3), p. 19, n^o 18; DELLEY/AUER (note 12), p. 87; GRISEL (note 11), pp. 89-90, n^{os} 192-194.

⁸⁶ Sur ce point, voir récemment YVO HANGARTNER, *Das Stimmrecht der Auslandschweizer*, in PIERMARCO ZEN-RUFFINEN et ANDREAS AUER, *De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 241-253.

réglementée dans une très large mesure par la Constitution fédérale. La citoyenneté cantonale est, en d'autres termes, largement "fédéralisée".

E. L'initiative «générale» ou «de type unique»

Selon la lettre même de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, l'initiative populaire que les cantons sont tenus de mettre en place permet de demander *expressément* la révision de la constitution cantonale. Si une autorité politique ou judiciaire d'un canton peut être amenée à choisir le rang affecté à une initiative populaire, elle est néanmoins tenue de traiter comme constitutionnelle une initiative dans laquelle les initiants ont formellement exprimé le vœu de procéder à une révision de la constitution cantonale⁸⁷.

Avec le système de l'initiative «générale» ou «de type unique», tel qu'il existe dans le canton du Jura⁸⁸, les initiants ne sont pas en mesure d'exiger que leurs propositions soient introduites dans la constitution cantonale, puisque cette question est tranchée par le Parlement. En d'autres termes, l'accord du Parlement jurassien constitue, pour autant que l'initiative ne soit pas contraire à la Constitution cantonale, une étape indispensable dans la procédure de révision de cette dernière. Or, c'est précisément ce que cherche à empêcher l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale. Aussi estimons-nous que les cantons ne peuvent se contenter de prévoir une initiative «générale» ou «de type unique»⁸⁹.

Le professeur Etienne GRISEL défend le système jurassien de la façon suivante:

«Dans le Jura comme partout ailleurs, une initiative populaire ne pourra jamais être invalidée, au motif qu'elle viole la constitution cantonale. Si son contenu entraîne une révision de la constitution, cette dernière sera

⁸⁷ L'article 53 Cst. AR exprime parfaitement cette idée: «*Dans la mesure où l'initiative ne demande pas une révision totale ni ne porte expressément sur une révision partielle de la constitution, le Grand Conseil décide si le projet doit être élaboré au niveau constitutionnel ou législatif.*» (traduction publiée in FF 1996 I 986).

⁸⁸ Articles 75 et 76 Cst. JU.
L'article 75 al. 1 Cst. JU prévoit que «deux mille électeurs ou huit communes peuvent demander en termes généraux l'adoption, la modification ou l'abrogation de dispositions constitutionnelles ou de lois».

L'article 76 al. 1 Cst. JU stipule, pour sa part, que «le Parlement décide si les dispositions qu'il adopte ou modifie à la suite d'une initiative figureront dans la Constitution ou dans la loi».

⁸⁹ Dans ce sens, AUER (note 19), p. 49 et (note 23), p. 144, n° 254, note 598; ALFRED KÖLZ et TOMAS POLEDNA, *Die «Einheitsinitiative» – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?*, RDS 1988 I 1-21, 2, note 7; TSCHANNEN (note 76), pp. 42-43, n° 61.

changée. Sinon, une modification législative suffit à réaliser la volonté du peuple.»⁹⁰.

Ces propos ne parviennent pas à nous convaincre. Le niveau auquel une initiative est réalisée n'est pas sans importance. Du moment que la Constitution jurassienne prime la législation ordinaire, les initiants peuvent souhaiter que leur volonté soit concrétisée au niveau constitutionnel – et qu'elle prime ainsi toutes les lois "à naître" – plutôt qu'au niveau législatif. L'importance de cette remarque est encore rehaussée par l'existence dans le canton du Jura d'une Cour constitutionnelle qui «contrôle, sur requête et avant mise en vigueur, la constitutionnalité des lois»⁹¹.

En conclusion, l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale ne tolère pas que les cantons prévoient seulement l'initiative «générale» ou «de type unique». Au reste, une telle initiative a un côté détestable du fait qu'elle muselle doublement la démocratie directe⁹². Cela dit, elle peut parfaitement cohabiter avec l'initiative constitutionnelle⁹³. Dans plusieurs cantons, l'initiative conçue en termes généraux s'ajoute à l'initiative rédigée de toutes pièces, tendant notamment à la révision de la constitution cantonale⁹⁴. Ainsi seulement, l'initiative «générale» ou «de type unique», sous une forme certes atténuée, est compatible avec les exigences résultant de la Constitution fédérale.

⁹⁰ GRISEL (note 11), pp. 36-37, n° 37 et p. 192, n° 476.

⁹¹ Article 104 al. 1 Cst. JU.

⁹² JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Observations sur l'idée et sur le projet d'une nouvelle Constitution fédérale*, RDS 1978 I 239-251, 248 (les remarques concernent la Confédération mais valent manifestement *mutatis mutandis* pour les cantons): «L'initiative populaire de type unique est une invention des plus déplaisantes. Qu'on se figure un système où l'Assemblée fédérale se réserve le droit 1° de rédiger le texte de la nouvelle règle et 2° de dire si elle appartiendra à la Constitution ou à la loi. La démocratie directe y perd sur les deux tableaux.»; voir également KÖLZ/POLEDNA (note 89), pp. 3 ss.

⁹³ Voir notamment GRISEL (note 11), p. 202, n° 509 et les références.

⁹⁴ Art. 59 al. 3 Cst. BE; § 28 al. 3 Cst. BS; § 29 al. 3 Cst. BL; art. 53 Cst. AR; art. 35 al. 1 Cst. VS; art. 65 Cst. GE.

II. LE REFERENDUM CONSTITUTIONNEL

A. L'objet du référendum

1. *La portée de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale*

a) *Le référendum constituant*

En vertu de l'article 6 al. 2 let. c *in fine* de la Constitution fédérale, la garantie de la Confédération est accordée aux constitutions cantonales à condition qu'elles «aient été acceptées par le peuple». Cette condition reprend textuellement la célèbre déclaration de la Convention nationale du 21 septembre 1792, en vertu de laquelle «il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple»⁹⁵. Cette disposition affecte considérablement l'autonomie constitutionnelle des cantons puisque la Constitution fédérale désigne l'organe suprême de ces derniers, à savoir le constituant. Les cantons sont ainsi tenus de prévoir *le référendum constituant*, soit la consultation référendaire qui a pour objet l'adoption de la constitution et qui intervient «dans un processus de fondation ou de rupture constitutionnelles»⁹⁶.

Dans les cantons suisses, le référendum constituant est essentiellement une figure du passé, une figure du XIX^e siècle⁹⁷. Certes, la création d'un canton – chose qui ne s'est produite qu'à une seule reprise depuis 1848 – permet de revivifier le référendum constituant. Lors de la création du canton du Jura, la référendum portant sur la Constitution jurassienne n'a cependant pas marqué une rupture totale de légalité mais s'est inséré, bon gré mal gré, dans un cadre constitutionnel – fédéral et bernois.

Au reste, les articles 5 et 6 de la Constitution fédérale⁹⁸ recèlent une dimension conservatrice⁹⁹ qui empêche toute rupture constitutionnelle. Il

⁹⁵ Le texte de cette déclaration est publié par DOMINIQUE COLAS in *Textes constitutionnels français et étrangers*, Paris 1994, p. 634.

⁹⁶ ANDREAS AUER, *Le référendum constitutionnel*, in ANDREAS AUER (éd.), *Les origines de la démocratie directe en Suisse – Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 79-101, 80, n° 4; voir également ANTONIO BALDASSARRE, *Il «referendum» costituzionale*, Quaderni costituzionali 1994, pp. 235-260, 236-250.

⁹⁷ Voir AUER (note 96), pp. 94-96, n°s 27-30.

⁹⁸ Articles 42 et 43 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 605).

n'y a dès lors plus de place dans les cantons pour un pouvoir constituant situé au-dessus de l'ordre constitutionnel. La continuité constitutionnelle est, en d'autres termes, imposée et garantie par la Constitution fédérale. Le pouvoir constituant est ainsi *institué*, intégré dans le système étatique.

b) : Le référendum de révision constitutionnelle

Pour satisfaire matériellement à l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, les constitutions cantonales doivent prévoir que leur révision – totale ou partielle – est soumise, lorsque le peuple assemblé n'est pas l'organe constituant, au référendum obligatoire¹⁰⁰. Les cantons sont ainsi tenus de prévoir *le référendum de révision constitutionnelle*, soit la consultation populaire qui porte sur la modification de la constitution en vigueur et qui fait partie de la procédure de révision définie par cette constitution¹⁰¹.

Le référendum de révision constitutionnelle est un monument inébranlable du constitutionnalisme helvétique:

«La Constitution de 1848 impose enfin le référendum constitutionnel obligatoire à tous les cantons. Depuis bientôt un siècle et demi, cette institution est un élément irremplaçable de l'ordre constitutionnel suisse qui, dans son principe, n'a plus jamais été remis en question.»¹⁰²

Affirmer que la Constitution fédérale impose le référendum de révision constitutionnelle ne suffit toutefois pas. En effet, pour que cette institution et celle du référendum constituant ne soient pas des coquilles vides, il convient de déterminer les normes qui sont nécessairement assujetties au référendum constitutionnel.

2. L'objet minimal du référendum

En vertu de l'article 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale, la garantie de la Confédération est accordée aux constitutions cantonales,

⁹⁹ Voir BLAISE KNAPP, *Commentaire de l'article 5 de la Constitution fédérale*, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1986, p. 4, n° 13: «En effet, une garantie de ce type [la garantie prévue à l'article 5 Cst. féd.], de par ses origines, a un caractère conservateur qui n'exclut cependant pas l'évolution, à condition que cette évolution soit accomplie selon les règles du droit et soit acceptable (...) pour la Confédération, c'est-à-dire pour les autorités fédérales.»

¹⁰⁰ Voir *infra* II.B.

¹⁰¹ AUER (note 96), p. 81, n° 5; voir également BALDASSARRE (note 96), pp. 251-256.

¹⁰² AUER (note 96), p. 98, n° 35.

«pourvu qu'elles assurent l'exercice des droits politiques d'après des formes républicaines – représentatives ou démocratiques». Avant d'octroyer la garantie fédérale, les Chambres doivent être en mesure de déterminer si les dispositions constitutionnelles cantonales qui leur sont présentées respectent cette exigence.

La forme républicaine de l'Etat exclut les systèmes politiques dans lesquels l'hérédité joue un rôle dans l'attribution du pouvoir politique¹⁰³. En république, le pouvoir politique est légitimé par les urnes, non par le sang, l'épée ou l'appartenance à une quelconque classe sociale. La forme républicaine de l'Etat suppose plus généralement que soit garantie en son sein l'égalité politique¹⁰⁴.

Pour que le respect des exigences découlant de l'article 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale puisse être vérifié dans le cadre de la procédure de garantie des constitutions cantonales, il faut que ces dernières recèlent «la *structure fondamentale de l'organisation cantonale*, les principes qui font d'un Etat une république»¹⁰⁵. La forme républicaine de l'Etat, au sens de l'article 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale, concerne le mode de désignation, la composition et les attributions des autorités politiques. Concrètement, cela signifie que le mode de désignation, la composition ainsi que les attributions du gouvernement et du parlement doivent être ancrés dans la constitution cantonale formelle¹⁰⁶. Celle-ci doit en outre contenir les grandes lignes de la procédure législative, et déterminer en particulier l'organe compétent

¹⁰³ GUT (note 18), pp. 15-16; BURCKHARDT (note 22), p. 66; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 60; AUBERT (note 8), p. 216, n° 570.

¹⁰⁴ GUT (note 18), pp. 16-18; BURCKHARDT (note 22), pp. 66-67; GIACOMETTI (note 11), p. 27; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 60; PEROLINI (note 65), pp. 37-41; BRIDEL (note 23), p. 142; AUBERT (note 8), p. 216, n° 570; HANGARTNER (note 23), p. 61; HOTZ (note 76), p. 194; SALADIN (note 22), pp. 18-19, n°s 73-74; GRISEL (note 11), p. 33, n° 26.

¹⁰⁵ SALADIN (note 22), p. 4, n° 10; cf. également GRISEL (note 11), pp. 333-334, n° 894.

¹⁰⁶ ETIENNE GRISEL estime que cette exigence s'applique à l'ensemble des organes de l'Etat: «*Au minimum, la procédure constitutionnelle s'applique donc à toutes les dispositions fondamentales qui touchent la composition, l'organisation et les fonctions des autorités étatiques.*» (note 11, p. 334, n° 894).

Il méconnaît cependant le fait que, pour des raisons historiques, l'article 6 al. 2 let. b Cst. féd. ne vise que le pouvoir politique. Le pouvoir judiciaire n'est en particulier pas concerné par cette disposition. Aussi le mode de désignation, la composition et les attributions des organes judiciaires peuvent-ils ressortir à la législation ordinaire (voir l'article 58 al. 1 Cst. ZH: «*Das Gesetz bestimmt die Zahl, die Organisation, die Kompetenz und das Verfahren der Gerichte.*»; ou l'article 56 Cst. NE: «*La loi détermine le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence des tribunaux.*»).

pour adopter les lois. L'article 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale se rapporte en effet spécifiquement au pouvoir législatif cantonal¹⁰⁷.

La lettre b de l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale n'est pas la seule à déterminer directement le contenu des constitutions cantonales formelles. La lettre c de cette institution, qui exige que les cantons instituent l'initiative et le référendum populaires en matière constitutionnelle¹⁰⁸, en fait de même. Les cantons sont tenus d'inscrire ces droits politiques dans leur constitution formelle¹⁰⁹. Avant d'octroyer la garantie de la Confédération, l'Assemblée fédérale doit être en mesure de s'assurer que la constitution cantonale prévoit les institutions de démocratie directe imposées par l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale. Au reste, ces institutions se rapportent à la révision de la constitution cantonale et doivent en bonne logique figurer dans celle-ci.

En résumé, l'article 6 al. 2 let. b et c détermine, dans une certaine mesure, la partie *instrumentale* des constitutions cantonales formelles et, par voie de conséquence, l'objet du référendum imposé par la Constitution fédérale. Un canton n'est ainsi pas légitimé à se donner une constitution contenant exclusivement des règles substantielles. Une constitution cantonale, au sens de l'article 6 de la Constitution fédérale, ne saurait se composer que d'un catalogue des libertés et des droits fondamentaux ou d'une énumération des tâches assignées à l'Etat. En revanche, les cantons sont parfaitement habilités à édicter plusieurs actes de rang constitutionnel, les uns renfermant – par hypothèse – uniquement des règles substantielles, les autres des règles instrumentales.

Hormis les lettres b et c de l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale, aucune norme fédérale n'influence *directement* le contenu des constitutions cantonales et, en conséquence, l'objet minimal du référendum imposé aux cantons. Un canton est dès lors habilité à se doter d'une constitution recelant exclusivement des règles instrumentales¹¹⁰. Pourrait également être tolérée une constitution ne contenant aucune

¹⁰⁷ GIACOMETTI (note 11), p. 27; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 61; PEROLINI (note 65), pp. 59-60; AUER (note 19), p. 33 et (note 23), p. 143, n° 252; HANGARTNER (note 23), p. 61; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 82, nos 247-248.

¹⁰⁸ Voir *supra* I.A.1. et II.A.1.

¹⁰⁹ SALADIN (note 22), p. 4, n° 10; GRISEL (note 11), p. 334, n° 894.

¹¹⁰ Dans le même sens, SALADIN (note 22), pp. 4-5, n° 11; ANDREAS AUER, *Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse*, ZBl. 1990, pp. 14-25, 23, n° 18; DANIEL THÜRER, « Wir, die Männer und Frauen... » – *Ein Porträt der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung*, ZBl. 1996, pp. 433-455, 438-440.

Contra: AUBERT (note 8), p. 219, n° 575.

disposition sur la structure interne du canton, sur la division du territoire cantonal en districts, cercles ou communes¹¹¹. Pour autant qu'ils respectent les exigences découlant de l'article 6 al. 2 let. b et c de la Constitution fédérale, les cantons déterminent donc librement le contenu de leur constitution formelle¹¹², de même que sa structure, son style et sa densité normative¹¹³.

3. *Les limites de l'objet du référendum*

Les objets soumis au référendum dans les cantons doivent se conformer au droit fédéral et au droit international liant la Confédération. Il peut cependant arriver que le Grand Conseil expose au référendum un acte incompatible avec le droit supérieur. Dans un tel cas, chaque citoyen devrait pouvoir interjeter un recours, fondé sur l'article 85 let. a OJF, afin d'empêcher que le scrutin ait lieu. Il en va de «l'économie des votations» et de «la dignité du corps électoral»¹¹⁴. Le Tribunal fédéral a cependant laissé, jusqu'ici, la question ouverte¹¹⁵.

Les objets soumis au référendum doivent, en outre, respecter les unités de forme et de matière ainsi qu'être réalisable¹¹⁶. En pratique, la seule véritable limite formelle de l'objet du référendum constitutionnel réside dans le principe de l'unité de la matière. Ainsi, les dispositions soumises au référendum doivent être liées par «un rapport intrinsèque étroit» et poursuivre le même but¹¹⁷. Par ailleurs, en vertu du principe de «l'authenticité du vote», les cantons sont en principe tenus de ne pas soumettre aux électeurs une révision constitutionnelle et une révision législative sous forme d'une question unique¹¹⁸.

S'agissant de l'objet du référendum constitutionnel, il convient enfin de préciser qu'aucune norme fédérale ne fixe une limite – qualitative ou même quantitative – au contenu des constitutions cantonales. Pour autant

¹¹¹ SALADIN (note 22), p. 5, n° 11.

¹¹² GILLES PETITPIERRE in BO 1986 CN 222: «C'est un aspect fondamental de la souveraineté cantonale que le canton puisse déterminer librement le contenu de sa constitution dans les seules limites de cet article 6 de la Constitution fédérale.».

¹¹³ KURT EICHENBERGER, *Über Möglichkeit und Grenzen der Totalrevision einer Kantonsverfassung*, ZBl. 1990, pp. 1-14, 12: «Der verfassungsgebende Rat darf also bezüglich Struktur und Stil den Weg einschlagen, der ihm liegt und der ihm für seinen Kanton zu passen scheint.».

¹¹⁴ GRISEL (note 11), pp. 144 et 373, n°s 343 et 1012.

¹¹⁵ ATF 100 Ia 378 ss (30 octobre 1974), 381.

¹¹⁶ Voir notamment GRISEL (note 11), pp. 373-375, n°s 1013-1020 et les références; voir *supra* I.A.3., à propos de l'initiative constitutionnelle.

¹¹⁷ ATF 104 Ia 215 ss (21 juin 1978), 224.

¹¹⁸ FF 1997 I 1327 ss (message du 25 novembre 1996), 1335 et les références.

qu'elle respecte le droit supérieur, toute norme peut être insérée dans la constitution formelle. Cette dernière peut même contenir des dispositions ayant une portée plutôt individuelle et concrète. Le droit fédéral ne prescrit pas aux cantons un contenu maximal de leur constitution formelle¹¹⁹. L'article 6 est en particulier muet sur cette question. L'autonomie constitutionnelle des cantons est par conséquent illimitée sur ce point. Au reste, nous ne voyons pas selon quels critères serait arrêté le contenu maximal des constitutions cantonales. Enfin, l'Assemblée fédérale n'a jamais renoncé à garantir une disposition constitutionnelle cantonale pour le seul motif qu'elle ne devrait pas figurer dans la constitution cantonale formelle. Aussi faut-il admettre que la Constitution fédérale ne fixe aucun objet maximal du référendum constitutionnel cantonal.

B. La nature du référendum

Le référendum constitutionnel – constituant ou de révision – que la Constitution fédérale impose aux cantons est *obligatoire*¹²⁰. Le référendum facultatif ne suffit donc pas. Pour l'heure, il est admis que le peuple assemblé, c'est-à-dire la Landsgemeinde, soit l'organe constituant¹²¹. Le Conseil fédéral¹²², l'Assemblée fédérale¹²³ et le Tribunal fédéral¹²⁴ se sont récemment penchés sur la question de l'admissibilité de l'institution de la Landsgemeinde. A l'aube du troisième millénaire, cette dernière paraît bien anachronique. Par ailleurs, le caractère secret du suffrage constitue un principe élémentaire de toute démocratie digne de ce nom. Preuve en est sa consécration dans plusieurs instruments internationaux de protection

¹¹⁹ Sur ce point, cf. RHINOW (note 35), pp. 116-117, qui semble d'un avis opposé.

¹²⁰ SCHOLLENBERGER (note 18), p. 139; GUT (note 18), pp. 18-19; BURCKHARDT (note 22), p. 67; GIACOMETTI (note 11), p. 25; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), pp. 56-57; PEROLINI (note 65), pp. 74-75; BRIDEL (note 23), p. 143, note 1; AUBERT (note 8), p. 217, n° 572; RHINOW (note 35), p. 116; AUER (note 19), p. 32 et (note 23), pp. 143-144, n° 253; HANGARTNER (note 23), p. 60; HOTZ (note 76), p. 194; SALADIN (note 22), p. 18, n°s 71-72; WÜTHRICH (note 11), p. 8; TSCHANNEN (note 76), p. 41, n° 58; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 81, n°s 244-245a; GRISEL (note 11), pp. 34-35, n°s 29-32.

¹²¹ Art. 69 al. 1 let. a Cst. GL; art. 19 et 48 Cst. AI.

¹²² Message du 23 août 1989, concernant la garantie de la Constitution du canton de Glaris: FF 1989 III 706-749; message du 10 janvier 1996, concernant la garantie de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures: FF 1996 I 965-999.

¹²³ Arrêté fédéral du 4 décembre 1989, concernant la garantie de la Constitution du canton de Glaris: FF 1989 III 1630; arrêté fédéral du 16 septembre 1996, concernant la garantie de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures: FF 1996 IV 884.

¹²⁴ ATF 121 I 138 ss (19 avril 1995) = JT 1997 I 74 ss.

des droits de l'homme¹²⁵. Seulement, l'institution de la Landsgemeinde fait partie du patrimoine helvétique. Si une autorité fédérale venait à la déclarer inconstitutionnelle, elle provoquerait un séisme de forte amplitude au sein de la Confédération. Au reste, l'institution de la Landsgemeinde est expressément visée à l'article 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale¹²⁶. Aussi est-elle d'une certaine manière protégée par la Constitution fédérale.

Une nouvelle interprétation de l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale s'impose néanmoins. Elle part du principe que la lettre b de l'article 6 al. 2 de la Constitution fédérale tolère l'institution de la Landsgemeinde. La lettre c de cette disposition impose, pour sa part, non seulement l'initiative et le référendum constitutionnels, mais aussi le respect de *la liberté de vote* dans le cadre des scrutins constitutionnels. Ainsi, dans une circulaire du 24 juin 1981 adressée aux gouvernements cantonaux, le Conseil fédéral a déclaré qu'il appartient à l'Assemblée fédérale de vérifier, lors de la procédure d'octroi de la garantie aux constitutions cantonales, «si le principe de la liberté et de l'authenticité du vote est respecté»¹²⁷.

En clair, les scrutins constitutionnels cantonaux doivent se dérouler conformément aux exigences de la liberté de vote, garantie par la Constitution fédérale à chaque citoyen¹²⁸. Le Conseil fédéral et l'Office fédéral de la justice rattachent à l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale la nécessité d'observer la liberté de vote lors des votations populaires portant sur la révision des constitutions cantonales. Ce point de vue nous paraît pertinent car le respect d'une telle liberté garantit que les dispositions constitutionnelles cantonales soient vraiment «acceptées par le peuple»¹²⁹.

¹²⁵ Article 25 let. b du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (réserve de la Suisse); article 3 du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (non ratifié par la Suisse).

¹²⁶ Voir notamment GIACOMETTI (note 11), p. 27; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), pp. 60-61; PEROLINI (note 65), pp. 59 ss; AUBERT (note 8), p. 217, n° 571; AUER (note 19), p. 33; HANGARTNER (note 23), p. 61; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 82, n° 247.

¹²⁷ Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux relative à la garantie des constitutions cantonales: FF 1981 II 839. Cette circulaire est fondée sur un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 16 novembre 1980: JAAC 1981 n° 26.

¹²⁸ Dans ce sens, AUER (note 23), pp. 144-146, n° 255; STEPHAN WIDMER, *Wahl- und Abstimmungsfreiheit*, thèse Zurich, Zurich 1989, pp. 74-77; CAVIEZEL (note 55), pp. 19-20.

¹²⁹ D'une opinion similaire, TOMAS POLEDNA et STEPHAN WIDMER, *Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit – ein verfassungsmässiges Recht des Bundes?*, ZBl. 1987,

Or, de la liberté de vote découle en premier lieu le principe du suffrage secret¹³⁰. Aussi faut-il considérer, sur la base d'une interprétation contemporaine de la Constitution fédérale, que la lettre c de l'article 6 al. 2 de cette dernière impose le suffrage secret pour le référendum constitutionnel et constitue ainsi une réserve par rapport à la lettre b de cette disposition. Aussi la Landsgemeinde n'est-elle pas légitimée à se prononcer sur les révisions de la constitution cantonale.

Cette distinction entre les scrutins constitutionnels et les autres scrutins correspond bien au caractère fondamental de la constitution. Si celle-ci prévoit que les scrutins autres que constitutionnels relèvent de la compétence de la Landsgemeinde, elle matérialise la volonté – librement exprimée – du corps électoral de renoncer par avance à bénéficier de l'entière liberté de vote lors de ces scrutins. En d'autres termes, le constituant cantonal peut maintenir l'institution de la Landsgemeinde pour les scrutins autres que ceux qui portent sur la révision – totale ou partielle – de la constitution¹³¹.

Il résulte de ce qui précède que le référendum constitutionnel imposé aux cantons par la Constitution fédérale est *obligatoire*, la consultation référendaire devant avoir lieu au suffrage *secret*. Le référendum constitutionnel est encore *ordinaire*¹³² puisque le Grand Conseil ou l'Assemblée constituante sont tenus d'exposer leur projet au référendum prescrit. Il est, de surcroît, *constitutif*, l'octroi de la garantie fédérale aux dispositions constitutionnelles cantonales n'ayant qu'un effet déclaratif¹³³.

pp. 281-293, 292-293; WIDMER (note 128), pp. 52-53 et 74-77; CHRISTOPH HILLER, *Die Stimmrechtsbeschwerde*, thèse Zurich, Zurich 1990, p. 223.

ANDREAS AUER estime que la liberté de vote peut aussi être rattachée à l'article 6 al. 2 let. a de la Constitution fédérale, car la jurisprudence la déduit d'une manière générale de cette dernière (note 23, p. 145, n° 255).

¹³⁰ Sur ce point, voir en particulier WIDMER (note 128), pp. 140-146, 140: «*Das Stimmgeheimnis gehört zu den wichtigsten Elementen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit.*».

¹³¹ Dans le canton d'Obwald, la révision – totale ou partielle – de la Constitution ainsi que l'adoption, la modification ou la suppression des lois ont lieu au suffrage secret (art. 65 al. 1 ch. 1 et 2 Cst. OW), bien que ce canton connaisse l'institution de la Landsgemeinde, cette dernière bénéficiant de larges compétences en matière de votations (art. 61 Cst. OW).

¹³² A propos de cette caractéristique, voir GRISEL (note 11), p. 57, n° 97.

¹³³ Voir notamment BURCKHARDT (note 22), p. 69; GIACOMETTI (note 11), p. 25, note 8; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 133; AUBERT (note 8), p. 219, n° 578; HANGARTNER (note 23), p. 61; HOTZ (note 76), p. 198; AUER (note 23), pp. 146, n° 257; SALADIN (note 22), p. 6, n° 17; HÄFELIN/HALLER (note 37), pp. 83-84, n° 254.

Toutefois, il est loisible aux cantons de prévoir que les dispositions de leur constitution n'entreront en vigueur qu'une fois la garantie reçue¹³⁴.

Le référendum constitutionnel est enfin *suspensif*. L'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles cantonales est subordonnée à leur approbation en votation populaire. L'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale paraît exclure tout référendum constitutionnel qui ne serait que *résolutoire*. Cependant, l'introduction de l'article 89^{bis} de la Constitution fédérale a modifié la portée de l'article 6. En vertu du principe de l'homogénéité, la Constitution fédérale ne saurait être interprétée, s'agissant de l'organisation politique des cantons, de façon à interdire à ces derniers ce qui est permis à la Confédération. Aussi convient-il d'admettre, par application analogique de l'article 89^{bis} al. 3 de la Constitution fédérale, qu'un canton peut soumettre sa législation d'urgence dérogeant à la constitution cantonale au référendum résolutoire dans l'année qui suit son adoption. Faute de ratification, cette législation perd sa validité à l'expiration du délai d'un an et ne peut être renouvelée.

Dans les cantons, la législation d'urgence ne joue qu'un rôle peu important et ne va pas aussi loin que la solution que nous proposons¹³⁵. De surcroît, la jurisprudence interprète la notion d'urgence de façon restrictive¹³⁶. La portée, dans les cantons, d'un mécanisme similaire à celui que prévoit l'article 89^{bis} al. 3 de la Constitution fédérale devrait dès lors être limitée. Il n'en demeure pas moins que les cantons sont légitimés à instaurer une sorte de référendum constitutionnel résolutoire.

C. L'organe constituant

1. Le peuple

Une constitution cantonale, au sens de l'article 6 de la Constitution fédérale, n'entre en vigueur et ne peut obtenir la garantie de la Confédération qu'après avoir été expressément approuvée par «le peuple». L'Assemblée fédérale refuse de garantir un acte cantonal qui lui est soumis alors qu'il n'a pas été expressément adopté par le corps

¹³⁴ Voir § 146 Cst. BL; § 126 al. 1 Cst. AG; § 100 al. 2 Cst. TG.

¹³⁵ Voir GRISEL (note 11), pp. 308, 312 et 316-317, n^{os} 824, 832 et 843 et les références.

¹³⁶ ATF 103 Ia 152 ss (9 février 1977), 156-158. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a posé le principe suivant: «[La notion d'urgence retenue en droit fédéral] fait appel à des principes généraux qui peuvent également être pris en considération dans l'interprétation du droit cantonal (...).» (p. 156).

électoral. Le peuple détient la maîtrise de la constitution formelle et ne peut la conférer à un autre organe de l'Etat, sans quoi il procéderait à une révision matérielle de la Constitution fédérale¹³⁷. Le peuple est dès lors seul constituant formel.

En vertu de la lettre claire de l'article 6 al. 2 let. c *in initio* de la Constitution fédérale, la révision d'une constitution cantonale est subordonnée à la seule approbation du peuple et ne peut conséquemment dépendre de l'accord supplémentaire d'une majorité de communes, de cercles ou de districts¹³⁸. Les cantons ne peuvent pas exiger que les révisions constitutionnelles soient approuvées par une double majorité du peuple et des collectivités territoriales. Au reste, un tel droit de veto accordé à ces dernières violerait sans doute le principe de l'égalité politique, qui découle des articles 4¹³⁹ et 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale. Ce principe signifie que la volonté de la majorité absolue du peuple l'emporte sur celle de la minorité (*Mehrheitsprinzip*)¹⁴⁰. Une minorité des citoyens, correspondant à la majorité des districts, des cercles ou des communes, ne doit pas empêcher la majorité d'entre eux de faire – ou de défaire – la constitution cantonale.

Enfin, il convient de rappeler que la composition de l'organe constituant cantonal est très largement dominée par les impératifs d'égalité et d'universalité, qui découlent de la Constitution fédérale¹⁴¹. Ainsi, «la souveraineté [cantonale] réside dans le peuple, qui se compose de l'ensemble des citoyens»¹⁴². L'autonomie des cantons se limite essentiellement à la possibilité de conférer l'exercice des droits politiques – outre aux Suisses établis âgés de dix-huit ans révolus – aux Suisses de l'étranger, voire aux étrangers¹⁴³. Pour le surplus, la composition des

¹³⁷ GIACOMETTI (note 11), p. 26; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 58; AUER (note 19), p. 33.

¹³⁸ Dans ce sens, PEROLINI (note 65), pp. 55-58; TSCHANNEN (note 76), p. 41, n° 58; GRISEL (note 11), p. 34, n° 30; vraisemblablement aussi AUBERT (note 8), pp. 216-217, n° 570.

Contra: SALADIN (note 22), p. 18, n° 72.

¹³⁹ Article 7 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 598).

¹⁴⁰ Voir notamment BURCKHARDT (note 22), p. 66; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 60; PEROLINI (note 65), pp. 41 ss; SALADIN (note 22), pp. 18-19, n°s 73-74; TSCHANNEN (note 76), pp. 206-217; GRISEL (note 11), p. 33, n°s 26-27.

¹⁴¹ Voir *supra* I.D., à propos de la titularité du droit d'initiative en matière constitutionnelle.

¹⁴² FF 1959 I 1433 ss (message du 1^{er} juin 1959), 1438.

¹⁴³ Dans le canton du Jura, les étrangers deviennent électeurs, en matière cantonale et communale, après un domicile de dix ans dans le canton, mais sont exclus des scrutins constitutionnels (article 3 de la loi sur les droits politiques du 26 octobre 1978, fondé sur l'article 73 Cst. JU).

organes constituants cantonaux est dans une très large mesure imposée par la Constitution fédérale.

2. La majorité du peuple

La Constitution fédérale subordonne l'octroi de la garantie fédérale aux constitutions cantonales, à leur approbation «par le peuple». La pratique¹⁴⁴ et la doctrine¹⁴⁵ admettent que l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale laisse les cantons libres de choisir entre la majorité des suffrages valablement exprimés, celle des citoyens ayant pris part au vote ou encore celle des électeurs inscrits. Aujourd'hui, les cantons se contentent de la majorité des suffrages valablement exprimés¹⁴⁶, voire de la majorité des citoyens ayant pris part au vote¹⁴⁷.

Plusieurs auteurs estiment que, par majorité, il faut entendre la majorité absolue, à l'exclusion d'une quelconque majorité qualifiée¹⁴⁸. Cette opinion mérite, à notre avis, d'être nuancée. Si la révision d'une constitution cantonale requiert l'approbation de la majorité des citoyens inscrits, il ne peut s'agir que de la majorité absolue de ceux-ci et non d'une quelconque majorité qualifiée. Celle-ci conférerait à une minorité du corps constituant la faculté de s'opposer à la volonté de la majorité de celui-ci, ce qui est contraire au principe de l'égalité politique¹⁴⁹, consacré aux articles 4 et 6 al. 2 let. b de la Constitution fédérale, et à l'article 6 al. 2 let. c *in fine* de celle-ci¹⁵⁰.

Si la majorité des suffrages valablement exprimés ou la majorité des citoyens ayant pris part au vote est requise, il peut être question non seulement de la majorité absolue des uns ou des autres, *mais aussi* d'une

¹⁴⁴ FF 1874 II 580 ss (rapport de la Commission du Conseil des Etats, du 15 juin 1874), 581-582; FF 1959 II 1311 ss (message du 20 novembre 1959), 1328.

¹⁴⁵ GUT (note 18), pp. 19-20 et les références à la pratique des autorités fédérales; BURCKHARDT (note 22), p. 67; GIACOMETTI (note 11), pp. 25 et 259-263; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 57; PEROLINI (note 65), pp. 78-79; AUBERT (note 8), p. 217, n° 572; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 81, n° 244; GRISEL (note 11), p. 34, n° 31.

¹⁴⁶ GIACOMETTI (note 11), p. 259; AUER (note 19), p. 32 et (note 23), p. 143, n° 253; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 81, n° 244.

¹⁴⁷ Article 106 Cst. VS.

¹⁴⁸ GUT (note 18), p. 19; GIACOMETTI (note 11), p. 25; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 57; PEROLINI (note 65), p. 79; AUER (note 19), p. 32; TSCHANNEN (note 76), p. 41, n° 58; HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 81, n° 244; GRISEL (note 11), p. 34, n° 30.

¹⁴⁹ Cf. BURCKHARDT (note 22), p. 66; FLEINER/GIACOMETTI (note 8), p. 60; PEROLINI (note 65), pp. 41 ss; AUER (note 19), p. 32; SALADIN (note 22), p. 19, n° 74; TSCHANNEN (note 76), pp. 206 ss; GRISEL (note 11), p. 33, n° 26-27.

¹⁵⁰ GIACOMETTI (note 11), p. 25, note 13.

telle majorité devant au surplus correspondre à une fraction déterminée de tous les citoyens inscrits. Cette fraction ne peut cependant excéder la moitié du corps constituant. Cette hypothèse constitue un cas de majorité qualifiée: la majorité absolue des suffrages exprimés ou des citoyens ayant pris part au vote ne suffit pas puisqu'elle doit encore correspondre à une fraction de tous les citoyens inscrits.

En revanche, la Constitution fédérale ne tolère pas que la révision de la constitution cantonale nécessite l'assentiment d'une majorité qualifiée des suffrages valablement exprimés ou des citoyens ayant pris part au vote. Il pourrait en effet arriver, en cas de forte participation à un scrutin, que la majorité requise dépasse la majorité des citoyens inscrits et qu'une minorité des citoyens fasse ainsi échec à la majorité d'entre eux.

Au reste, les cantons sont parfaitement habilités à distinguer la révision totale de leur constitution de ses révisions partielles, en exigeant par exemple pour la première la majorité des citoyens inscrits et pour la seconde celle des votants. Ils peuvent également soumettre la modification de dispositions constitutionnelles jugées fondamentales à la procédure de la révision totale¹⁵¹. Le droit fédéral n'interdit aucunement un tel panachage.

Compte tenu de ce qui précède, les cantons jouissent d'une marge de manoeuvre non négligeable pour mettre en oeuvre le principe majoritaire (*Mehrheitsprinzip*) en matière de référendum constitutionnel. Dans ce domaine, comme dans d'autres, l'uniformité règne cependant parmi les cantons, qui confèrent à la majorité absolue des suffrages valablement exprimés, voire à celle des votants, le droit de vie ou de mort sur la constitution cantonale.

III. LE PLEBISCITE ET LE REFERENDUM TERRITORIAL

A. L'objet de la consultation populaire

1. *Les notions de plébiscite et de référendum territorial*

Le plébiscite et le référendum territorial, que la doctrine réunit parfois sous l'appellation de «référendum de souveraineté»¹⁵²,

¹⁵¹ SALADIN (note 22), p. 17, n° 67.

¹⁵² Voir AUER (note 96), p. 81, n° 6; cf. également BALDASSARRE (note 96), pp. 256-258.

n'impliquent pas nécessairement une révision simultanée de la constitution formelle. En revanche, il est bien évident qu'ils sont matériellement constitutionnels¹⁵³.

Dans le contexte fédéral helvétique, le *plébiscite* correspond à la consultation référendaire des habitants d'un territoire par laquelle ceux-ci expriment leur consentement ou leur refus de constituer un nouveau canton¹⁵⁴, par voie de sécession ou de fusion. Il est ainsi l'expression la plus pure du droit à l'autodétermination.

Le *référendum territorial* porte, quant à lui, sur une modification de territoire. Dans le contexte fédéral helvétique, il a pour objet le transfert, d'un canton à un autre, d'une portion du territoire suisse ou le démembrement – total ou partiel – du territoire d'un canton en vue de créer un ou plusieurs autres cantons.

2. La création d'un canton

La création d'un canton, que ce soit par le démembrement d'un canton ou par la fusion de deux cantons, n'est par réglée expressément par le droit constitutionnel actuel. Toutefois, la pratique des autorités fédérales, y compris du constituant, et la doctrine ont permis de dégager des principes non écrits en ce domaine. Ainsi, «le principe démocratique réclame le consentement des populations locales, celles qui seront incluses dans le nouveau canton, et le principe fédéraliste postule l'approbation des cantons concernés»¹⁵⁵.

Si la création d'un canton est réalisée par le détachement d'une partie du territoire d'un canton, elle présuppose l'accord du peuple de ce dernier ainsi que celui de la population domiciliée sur le territoire du canton "à naître"¹⁵⁶. Dans un tel cas, tant l'institution du référendum territorial, soit la consultation du peuple du canton touché par le démembrement, que celle du plébiscite, soit la consultation de la population appelée à faire

¹⁵³ AUER (note 96), p. 81, n° 6.

¹⁵⁴ Comp. ASSOCIATION HENRI CAPITANT (éd.), *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de GERARD CORNU, 3^e éd., Paris 1992, p. 603, sous *Plébiscite* (II).

¹⁵⁵ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Commentaire de l'article 1^{er} de la Constitution fédérale*, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1986, p. 13, n° 57.

¹⁵⁶ Voir la procédure de création du canton du Jura, résumée par JEAN-FRANÇOIS AUBERT (note 8, pp. 208-211, n°s 543-552; *Traité de droit constitutionnel suisse – Supplément 1967-1982*, Neuchâtel 1982, pp. 58-61, n°s 544-552quater) ainsi que par ULRICH HÄFELIN et WALTER HALLER (note 37, pp. 75-77, n°s 227-236a).

partie de la nouvelle entité, s'imposent aux cantons¹⁵⁷. Si le peuple du canton concerné s'oppose au démembrement de celui-ci *et* si la situation dégénère au point de menacer la Confédération elle-même, une révision de la Constitution fédérale est nécessaire pour organiser un ou plusieurs plébiscites¹⁵⁸.

Si la création d'un canton est opérée par la voie de la fusion de deux cantons ou demi-cantons, elle implique alors la consultation séparée du peuple des cantons concernés¹⁵⁹. Dans un tel cas, il convient d'admettre que la Constitution fédérale impose l'organisation de plébiscites en vue de la fusion¹⁶⁰. En effet, le respect du principe démocratique, exprimé en particulier à l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, exige l'organisation de consultations populaires.

En cas de transformation d'un demi-canton en un canton entier¹⁶¹, une consultation populaire cantonale ne nous paraît pas nécessaire. Du moment qu'un tel changement de statut ne procure que des avantages au demi-canton concerné, l'accord du constituant fédéral suffit.

3. *La cession d'un territoire*

Lors de la cession d'un territoire d'un canton à un autre, «des principes non écrits du droit fédéral exigent que les citoyens des cantons concernés et la population du territoire intéressé donnent leur approbation»¹⁶². Une frange de la doctrine soutient que chaque canton, cédant ou cessionnaire, détermine librement la forme interne de son approbation de la cession¹⁶³. S'il est vrai qu'aucune disposition de la Constitution fédérale n'impose expressément l'institution du référendum

¹⁵⁷ Voir notamment FF 1970 II 557 ss (message du 26 août 1970), 562-563 et les références doctrinales.

¹⁵⁸ AUBERT (note 155), p. 14, n° 60.

¹⁵⁹ Voir la procédure – avortée – de fusion des deux Bâle, résumée par JEAN-FRANÇOIS AUBERT (note 8, pp. 211-214, n°s 553-559; note 156, p. 61, n° 558) ainsi que par ULRICH HÄFELIN et WALTER HALLER (note 37, pp. 74-75, n°s 222-226).

¹⁶⁰ Voir notamment FF 1959 II 1311 ss (message du 20 novembre 1959), 1327-1328.

¹⁶¹ Sur ce point, cf. AUBERT (note 155), p. 16, n°s 69-73.

¹⁶² FF 1997 I 1 ss (message du 20 novembre 1996), 223 et les références; voir également FF 1993 I 965 ss (message du 27 janvier 1993/*Laufonnais*), 971-972; FF 1995 III 1368 ss (message du 16 août 1995/*Vellerat*), 1373-1374; AUBERT (note 155), p. 18, n°s 81-82.

¹⁶³ Voir en particulier LUZIUS WILDHABER, *Ederswiler und Vellerat – zur Gebietsveränderung im Bundesstaat*, in *Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berne 1981, pp. 343-349, 345, n° 6; voir également DIETER PFIRTER, *Bundesrechtliche Vorschriften für einen Kantonswechsel einzelner Gemeinden*, RDS 1989 I 539-565, 552-555.

territorial cantonal, il n'en demeure pas moins que les citoyens des cantons concernés et la population du territoire ont, en pratique, toujours été consultés¹⁶⁴. En outre, il ne faut pas perdre de vue que la modification du territoire d'un canton entraîne «un transfert de souveraineté»¹⁶⁵ et sanctionne «une réorientation spatiale (...) de l'Etat qui modifie les éléments fondamentaux de la souveraineté de ce dernier»¹⁶⁶. Cette atteinte à la «souveraineté» cantonale milite sans conteste en faveur du référendum territorial cantonal. La clef du problème se trouve cependant ailleurs...

Le Conseil fédéral¹⁶⁷, l'Assemblée fédérale¹⁶⁸ et le constituant fédéral¹⁶⁹ ont récemment approuvé – expressément ou implicitement – la solution qui consiste à soumettre à l'approbation du peuple et des cantons, outre la création d'un canton, les cessions territoriales entre ces derniers. Le Tribunal fédéral approuve également ce point de vue¹⁷⁰. Il en va de même de la doctrine dominante¹⁷¹. Aussi, en cas de cession de territoire entre cantons, une votation populaire dans les cantons concernés a nécessairement lieu.

Afin d'éviter tout conflit de légitimité, c'est-à-dire la soumission de la légitimité la plus forte à une légitimité plus faible, les cantons ne sauraient se dispenser de pratiquer le référendum territorial. Si tel n'était pas le cas,

¹⁶⁴ A propos du Laufonnais, voir FF 1993 I 965 ss (message du 27 janvier 1993), 967-970; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Appendice au commentaire de l'article 1^{er} de la Constitution fédérale*, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1995.

A propos de la commune de Vellerat, voir FF 1995 III 1368 ss (message du 16 août 1995), 1370-1371.

¹⁶⁵ FF 1993 I 971.

¹⁶⁶ AUER (note 96), p. 81, n° 6.

¹⁶⁷ FF 1993 I 965 ss (message du 27 janvier 1993), 971-972; FF 1995 III 1368 ss (message du 16 août 1995), 1372-1375; FF 1997 I 1 ss (message du 20 novembre 1996), 222-224.

¹⁶⁸ FF 1993 II 849 (arrêté fédéral sur le rattachement du district bernois de Laufon au canton de Bâle-Campagne, du 18 juin 1993); FF 1996 I 232 (arrêté fédéral sur le transfert de la commune bernoise de Vellerat au canton du Jura, du 21 décembre 1995).

¹⁶⁹ Arrêté fédéral sur le rattachement du district bernois de Laufon au canton de Bâle-Campagne, du 18 juin 1993 (RS 132.222.2); arrêté fédéral sur le transfert de la commune bernaise de Vellerat au canton du Jura, du 21 décembre 1995 (RS 132.223).

¹⁷⁰ ATF 120 Ib 512 ss (14 décembre 1994), 522-523 et les références.

¹⁷¹ AUBERT (note 155), pp. 18-19, n°s 83-88; HEINRICH KOLLER, *Gebietsveränderungen im Bundesstaat – Ansichten und Aussichten nach dem Laufental-Entscheid*, in *Festgabe Alfred Röheli zum 65. Geburtstag*, Soleure 1990, pp. 173-191, 174-184; HÄFELIN/HALLER (note 37), pp. 72-73, n°s 213-219.

il se pourrait qu'une cession de territoire soit approuvée par le gouvernement ou le parlement d'un canton, mais qu'elle soit refusée par le peuple du canton concerné lors de la consultation référendaire fédérale. Il s'en suivrait, en cas d'approbation de la cession de territoire par la majorité du peuple et des cantons, un conflit de légitimité qui rendrait sinon caduque, du moins extrêmement boiteuse et malsaine ladite cession. Pour éviter un tel conflit et pour assurer pleine efficacité au vote du constituant fédéral, les cantons sont, à notre sens, tenus de prévoir l'institution du référendum territorial. Cette conclusion vaut *a fortiori* pour le plébiscite.

Pour terminer, il convient encore de faire deux remarques. En premier lieu, il peut se produire un changement de majorité au sein d'un canton pendant le laps de temps qui sépare la consultation référendaire cantonale du vote du peuple et des cantons. Dans une telle hypothèse, le résultat de la première consultation lie le canton ou le territoire concernés. Soutenir le contraire revient à exiger une triple majorité lors du scrutin fédéral, ce qui contrevient manifestement à l'article 123 de la Constitution fédérale¹⁷². En revanche, une initiative constitutionnelle fédérale tendant à une nouvelle modification territoriale peut, à notre sens, parfaitement être déposée. En second lieu, il sied de rappeler que si la Confédération est elle-même menacée, une révision formelle de la Constitution fédérale est selon nous le seul moyen de contraindre un canton à se séparer d'une partie de son territoire¹⁷³.

B. La nature de la consultation populaire

Le plébiscite et le référendum territorial que la Constitution fédérale impose aux cantons sont *obligatoires*. A notre sens, la consultation du peuple doit avoir lieu au *scrutin secret*. Il convient, sur ce plan également, d'éviter qu'un conflit de légitimité ne se produise.

Comme la consultation du constituant fédéral préserve le secret du vote¹⁷⁴, le peuple des cantons ou territoires concernés est nécessairement appelé à s'exprimer dans le secret des urnes. Si un canton se contentait, lors de la consultation référendaire cantonale, d'une votation à main levée, en assemblée publique, il prendrait le risque que le résultat du scrutin soit

¹⁷² AUBERT (note 164), p. 3, n^{os} 11-12 et les références.

¹⁷³ Comp. PFIRTER (note 163), pp. 558-562 et les références; KOLLER (note 171), pp. 182-184.

¹⁷⁴ Article 5 al. 7 de la loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976; voir GRISEL (note 11), p. 95, n^o 207.

infirmé lors de la votation populaire fédérale. La fraction des votants majoritaire lors du second scrutin aurait alors beau jeu de contester le résultat du premier scrutin en invoquant les défauts du vote en assemblée publique – absence du secret du vote, impossibilité pour certaines personnes de se rendre à l'assemblée, taux de participation très bas, risques d'influences inadmissibles, problème de l'estimation des voix, etc.¹⁷⁵. Il en résulterait un conflit de légitimité qui rendrait sinon caduque, du moins extrêmement boiteuse la création d'un canton ou la cession d'un territoire, voulue dans un premier temps. Afin de parer à un tel conflit et d'assurer pleine efficacité au vote du constituant fédéral, le plébiscite et le référendum territorial, imposés aux cantons par la Constitution fédérale, doivent sauvegarder le secret du vote.

Le plébiscite et le référendum territorial prescrits par la Constitution fédérale aux cantons sont, en outre, *ordinaires*. Il est, en outre, évident que l'un et l'autre revêtent un effet *suspensif*. Enfin, ils ne sont pas à proprement parler *constitutifs*, car la création d'un canton et la cession d'un territoire sont subordonnées au vote favorable du peuple et des cantons¹⁷⁶. Ils ne sont toutefois pas simplement *consultatifs*, car ils représentent une étape indispensable, dont le résultat est contraignant, du processus d'autodétermination ou de cession de territoire.

C. L'organe référendaire

La création d'un canton ou la cession d'un territoire doivent être approuvées par *la majorité du peuple*. La composition de l'organe référendaire est dominée par les impératifs d'égalité et d'universalité. Aussi correspond-elle, en raison de la plus haute importance que revêtent le plébiscite et le référendum territorial, à la composition de l'organe constituant des cantons¹⁷⁷. S'agissant de l'application du principe majoritaire, les cantons jouissent ici de la même liberté que celle dont ils disposent dans le cadre du référendum constitutionnel¹⁷⁸.

Dans le cadre du plébiscite et du référendum territorial, la question la plus controversée réside dans la titularité du droit de vote mise en parallèle avec le lien qui unit les individus au territoire ou canton concernés. La règle qui prescrit le vote au domicile fut retenue lors des

¹⁷⁵ ATF 121 I 138 ss (19 avril 1995), 143 = JT 1997 I 74 ss, 77 (rés.).

¹⁷⁶ Voir *supra* III.A.3.

¹⁷⁷ Voir *supra* II.C.1.

¹⁷⁸ FF 1959 II 1311 ss (message du 20 novembre 1959), 1328; pour le surplus, voir *supra* II.C.2.

plébiscites organisés dans le Jura Nord et Sud¹⁷⁹. La même solution avait été prévue auparavant pour la réunion – avortée – des deux Bâle¹⁸⁰.

Pour que l'exigence résultant de l'article 43 al. 3 de la Constitution fédérale¹⁸¹ – «Nul ne peut exercer des droits politiques dans plus d'un canton.» – soit respectée, il faut que les différentes législations cantonales s'harmonisent et prévoient un critère unique, celui du domicile¹⁸². Aucun canton ne peut dès lors octroyer les droits politiques à des personnes domiciliées dans un autre canton, où elles les exercent. En revanche, l'article 43 de la Constitution fédérale ne s'oppose pas à ce que les cantons admettent comme citoyens leurs indigènes qui résident à l'étranger¹⁸³. A notre sens, aucune norme fédérale n'empêche un canton de reconnaître les droits politiques à des confédérés domiciliés à l'étranger, qui ne sont pas ses ressortissants mais ont précédemment fait partie de son corps électoral¹⁸⁴. Il va en revanche de soi que les Suisses de l'étranger ne sauraient exercer les droits politiques dans plus d'un canton. L'article 43 al. 3 de la Constitution fédérale prohibe expressément un tel cumul.

Lors d'un plébiscite ou d'un référendum territorial, la règle du vote au domicile pour les citoyens domiciliés en Suisse doit ainsi être respectée¹⁸⁵. Elle doit d'autant plus l'être qu'elle s'applique ultérieurement à la consultation du peuple et des cantons¹⁸⁶. Aussi paraît-il peu opportun de distinguer les règles déterminant la titularité du droit de vote valables pour le scrutin cantonal ou territorial de celles qui le sont pour le scrutin

¹⁷⁹ AUBERT (note 155), pp. 15-16, n° 67.

¹⁸⁰ FF 1959 II 1311 ss (message du 20 novembre 1959), 1327.

¹⁸¹ Article 47 al. 3 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 606)

¹⁸² HÄFELIN/HALLER (note 37), p. 182, n° 590; TSCHANNEN (note 76), pp. 49-52, n°s 76-79; GRISEL (note 11), pp. 91-92, n° 199.

Se fondant sur le principe du vote au domicile, le Conseil fédéral n'a pas approuvé l'article 2 al. 3 de la loi jurassienne sur les droits politiques, du 26 octobre 1978. Cette disposition reconnaissait comme électeurs les Jurassiens de 18 à 20 ans domiciliés dans un canton dans lequel ils ne disposaient pas du droit de vote, s'ils s'inscrivaient dans le registre des électeurs de leur commune d'origine (cf. TSCHANNEN [note 76], pp. 51-52, n° 79).

L'article 47 al. 2 du projet d'arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale (FF 1997 I 606) tient comme suit: «*Les citoyens exercent le droit de vote au lieu de leur domicile. La Confédération et les cantons peuvent prévoir des exceptions.*».

¹⁸³ Sur ce point, voir spécialement HANGARTNER (note 86), pp. 241-247 et les références; GRISEL (note 11), pp. 92-93, n° 201.

¹⁸⁴ Contra: HANGARTNER (note 86), p. 245, qui estime qu'une telle réglementation n'est pas «légitime», sans indiquer cependant en quoi elle heurte le droit fédéral.

¹⁸⁵ AUBERT (note 155), pp. 15-16, n° 67; plus nuancé, PFIRTER (note 163), pp. 556-557.

¹⁸⁶ Article 43 al. 2 de la Constitution fédérale; voir GRISEL (note 11), pp. 85-87, n°s 181-184.

fédéral. Une certaine uniformité représente le meilleur moyen de fermer la porte à la contestation permanente...

IV. LE REFERENDUM CONVENTIONNEL

A. La problématique

Les traités internationaux liant les cantons peuvent entrer en conflit avec une disposition de l'ordre juridique interne. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, «le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne»¹⁸⁷. De plus, les cantons sont tenus de respecter la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment son article 26 (*pacta sunt servanda*). Enfin, une éventuelle violation de tels traités par les cantons engagerait la responsabilité internationale de la Confédération. Il convient dès lors d'admettre que le droit international liant les cantons uniquement l'emporte sur l'ensemble du droit cantonal interne¹⁸⁸, même de rang constitutionnel. Les cantons sont donc tenus de ne pas appliquer les normes cantonales contraires à un traité international qu'ils ont conclu. Ils conservent néanmoins le droit ne pas formellement les annuler et de se borner à en suspendre l'application.

Les concordats conclus entre les cantons peuvent également entrer en conflit avec une disposition de l'ordre juridique interne de l'une ou l'autre des parties. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'affirmer la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal «qui n'est pas de niveau constitutionnel»¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ATF 122 II 485 ss (1^{er} novembre 1996), 487.

¹⁸⁸ ATF 110 Ia 176 ss (26 septembre 1984), 181 = JT 1986 I 130 ss, 136; ATF 101 Ia 269 ss (17 juin 1975), 273: «*Kantonales Recht muss den internationalen und interkantonalen Vereinbarungen entsprechen.*»; voir également GRISEL (note 11), p. 256, n° 671.

¹⁸⁹ ATF 100 Ia 418 ss (30 octobre 1974), 423 et les références jurisprudentielles et doctrinales = JT 1976 I 277 ss, 279-280; ATF 101 Ia 269 ss (17 juin 1975), 273; ATF du 19 mars 1980 publié in ZBl. 1980 536 ss, 537.

Voir également ULRICH HÄFELIN, *Commentaire de l'article 7 de la Constitution fédérale*, in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1989, pp. 19-20, n°s 58-61 et les références; CAVIEZEL (note 55), pp. 144-145; GRISEL (note 11), p. 256, n° 671.

ULRICH HÄFELIN juge nécessaire de nuancer le principe de la force dérogatoire du droit intercantonal sur le droit cantonal et propose de distinguer les conventions obligationnelles et les conventions normatives indirectes d'une part, des

A notre sens, le principe de la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal vaut également lorsque celui-ci est de rang constitutionnel¹⁹⁰. A la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la primauté du droit international¹⁹¹, le principe de la primauté du droit intercantonal sur l'ensemble du droit cantonal peut être tiré de la nature même de la règle intercantonale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne. En outre, même si la Convention de Vienne sur le droit des traités ne s'applique pas aux relations intercantionales, le principe de la loyauté fédérale comprend certainement celui du respect des concordats (*pacta sunt servanda*)¹⁹². Aussi les cantons sont-ils tenus de renoncer à appliquer les normes cantonales contraires au droit intercantonal qui les lie. Ils conservent néanmoins le droit de ne pas les annuler et de se contenter d'en suspendre l'application¹⁹³.

La primauté du droit conventionnel sur le droit cantonal peut affecter la portée des institutions de démocratie directe prescrites aux cantons par l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale¹⁹⁴. Ainsi, l'initiative constitutionnelle voit sa portée affectée par la conclusion d'une convention non dénonçable¹⁹⁵. Par ailleurs, la primauté du droit conventionnel sur le

conventions normatives directes d'autre part (pp. 19-20, n° 61). A notre sens, cette distinction ne se rapporte qu'au risque de conflit entre le droit intercantonal et le droit cantonal. Ainsi, le risque de conflit entre le droit cantonal et le droit intercantonal non directement applicable est faible, alors qu'il est potentiellement élevé entre le droit cantonal et le droit intercantonal «self-executing». Il nous paraît en revanche erroné de remettre partiellement en question, en se basant sur cette distinction, le principe même de la primauté du droit intercantonal sur le droit cantonal.

¹⁹⁰ Dans ce sens, HÄFELIN (note 189), p. 19, n° 59.

¹⁹¹ ATF 122 II 485 ss (1^{er} novembre 1996), 487.

¹⁹² Dans ce sens, ALFRED KÖLZ, *Bundestreue als Verfassungsprinzip?*, ZBl. 1980, pp. 145-177, 172-173: «Die Bundesverfassung enthält keine Norm, welche die Kantone verpflichtet, Konkordate einzuhalten. (...) Man kann nun ohne weiteres die Pflicht der Kantone und des Bundes zur Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) nicht wie bisher aus dem Völkerrecht, sondern direkt aus der bundesstaatlichen Treuepflicht herleiten.».

¹⁹³ ATF 81 I 351 ss (26 octobre 1955), 361-362 = JT 1956 I 312 (rés.).

¹⁹⁴ Dans sa thèse, WILLY BORTER se contente d'appliquer aux concordats intercantonaux ayant un contenu législatif les exigences découlant de l'article 6 al. 2 let. b Cst. féd. et ne se préoccupe pas de celles qui résultent de l'article 6 al. 2 let. c Cst. féd. (*Demokratiegebot und interkantonales Vertragsrecht*, thèse Fribourg, Fribourg 1976, pp. 55-57).

¹⁹⁵ Il pourrait être discuté de savoir si la Constitution fédérale – plus précisément son article 6 al. 2 let. a et c – permet aux cantons de conclure des traités internationaux ou des concordats intercantonaux non dénonçables. En effet, de telles conventions ont pour effet de restreindre le contenu potentiel des constitutions cantonales alors qu'elles ne font partie ni du droit international liant la Confédération, ni du droit fédéral. Le silence des articles 7 et 9 de la Constitution fédérale sur ce point ne peut, eu égard à l'article 3 de celle-ci, qu'être interprété de façon à autoriser les cantons à passer de telles conventions. La doctrine, rare en la matière, préconise, en cas de

droit interne peut conduire à donner la préférence à un acte non soumis au référendum obligatoire – un traité ou un concordat¹⁹⁶ – plutôt qu'à un acte soumis au référendum obligatoire en vertu de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale – la constitution cantonale. Aussi existe-t-il un risque que l'exigence posée à cette disposition soit contournée par le biais de la conclusion de traités internationaux ou de concordats intercantonaux. Il convient dès lors d'examiner si, selon les objets, l'institution du référendum conventionnel s'impose aux cantons.

B. L'objet du référendum

1. *Les conventions contraires à la constitution cantonale*

Les traités internationaux ou les concordats intercantonaux passés par un canton peuvent être contraires à la constitution de celui-ci. Dans un tel cas, la primauté doit être accordée au droit conventionnel¹⁹⁷. La souveraineté du peuple, dont la constitution cantonale est l'expression, est malmenée par le droit conventionnel lui dérogeant, si celui-ci n'est pas soumis au référendum obligatoire. Sur ce plan également, il peut se produire un conflit de légitimité, le texte bénéficiant de l'onction populaire s'effaçant devant un instrument qui ne jouit que de la légitimité parlementaire, voire gouvernementale. Certes, il pourrait être soutenu qu'il appartient exclusivement aux cantons de résoudre ce conflit comme bon leur semble. Cependant, l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale impose clairement le principe démocratique et participe ainsi de la souveraineté du peuple.

L'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, adopté à une époque où le droit conventionnel n'avait qu'une portée très marginale, est selon

silence de la convention sur sa propre dénonciation, l'application analogique de l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 (voir YVES LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris 1984, pp. 170-172; sur cette question, cf. également BRIDEL [note 23], p. 354; JEAN MONNIER, *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*, RDS 1986 II 107-247, 173-177). Aussi admet-elle – à tout le moins implicitement – que les cantons passent des conventions non dénonçables. Au reste, cette question ne semble pas avoir soulevé des difficultés en pratique.

¹⁹⁶ Le référendum conventionnel n'est pas prévu dans tous les cantons et, lorsqu'il existe, il n'a souvent qu'une portée limitée (cf. SCHWEIZER [note 28], pp. 143-145; BORTER [note 194], pp. 60-73; AUER [note 19], pp. 36 et 57; WÜTHRICH [note 11], pp. 348-349; GRISEL [note 11], pp. 310, 314 et 315, nos 829, 837 et 842; voir également *infra* IV.B.).

¹⁹⁷ Voir *supra* IV.A.

nous *matériellement* violé si un canton passe une convention – internationale ou intercantonale – contraire à sa constitution sans l'exposer au référendum obligatoire. Une telle convention a pour effet de laisser inappliquée une ou plusieurs dispositions constitutionnelles expressément ratifiées par le peuple. La souveraineté de ce dernier est ainsi affectée. Les vues du parlement ou du gouvernement, qui passent telle ou telle convention, sont préférées à celles du peuple, qui a approuvé la constitution cantonale. Or, c'est précisément ce qu'interdit l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.

La seule façon de ménager l'exigence référendaire découlant de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale consiste à exposer au référendum obligatoire les traités internationaux et les concordats intercantonaux passés par un canton, qui dérogent à la constitution de celui-ci. Ainsi, cette disposition est matériellement respectée. La méthode téléologique¹⁹⁸ permet en tout cas d'aboutir à une telle interprétation de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, le but de cette disposition étant de préserver la souveraineté du peuple. Les cantons conservent cependant la faculté de modifier formellement la constitution cantonale afin de permettre la ratification de telle ou telle convention. De cette manière, le référendum constitutionnel absorbe en quelque sorte le référendum conventionnel¹⁹⁹.

Plusieurs cantons prévoient le référendum conventionnel obligatoire, parfois en en limitant la portée aux conventions qui dérogent à la constitution cantonale, qui concernent un domaine législatif important ou qui touchent un domaine soumis au référendum obligatoire²⁰⁰. L'ordre constitutionnel des autres cantons présente, à notre avis, une lacune, sauf à supposer que ces derniers procèdent à une révision formelle de la constitution cantonale rendant celle-ci conforme aux conventions qu'ils souhaitent ratifier. S'il ne suivent pas cette procédure quelque peu fastidieuse, ils sont alors tenus de prévoir le référendum obligatoire à

¹⁹⁸ S'agissant de cette méthode d'interprétation, voir notamment ANDRE GRISEL, *Traité de droit administratif*, volume I, Neuchâtel 1984, pp. 135-138.

¹⁹⁹ Voir URS BOLZ, *Documents préparatoires et commentaires*, in WALTER KÄLIN et URS BOLZ (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne, Stuttgart et Vienne 1995, p. 407: «*Les traités intercantonaux ou internationaux doivent en principe être conformes à la Constitution cantonale (...). Toute modification fondamentale de l'ordre constitutionnel cantonal par la conclusion d'un traité transfrontalier exige aussi une modification de la Constitution (...).*».

²⁰⁰ Art. 30 al. 1 ch. 1 Cst. ZH; art. 61 al. 1 let. c Cst. BE; art. 69 al. 1 let. c Cst. GL; art. 35 al. 1 let. c Cst. SO; § 30 let. c Cst. BL; art. 60 al. 1 let. c Cst. AR; art. 2 al. 2 ch. 2 et art. 2 bis Cst. GR; art. 77 let. f Cst. JU.

l'égard des traités internationaux et des concordats intercantonaux qui dérogent à la constitution cantonale²⁰¹. De cette façon, l'exigence démocratique découlant de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale est pleinement respectée.

2. *Les conventions non dénonçables*

La Constitution fédérale n'exclut pas que les cantons passent des traités internationaux ou des concordats intercantonaux non dénonçables²⁰². De telles conventions restreignent l'autonomie des cantons de manière définitive. Elles n'équivalent cependant pas à des limites strictement autonomes à la révisibilité du droit cantonal. Elles comportent, en effet, un élément d'extranéité puisqu'elles sont impliquées dans un processus bilatéral ou multilatéral. La prohibition de fixer des limites autonomes à la fonction constituante cantonale²⁰³ ne leur est, par conséquent, pas applicable. Il n'en demeure pas moins que la souveraineté du peuple, exprimée à l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, est affectée par des conventions non dénonçables.

Les conventions non dénonçables passées par les cantons doivent, à notre sens, être soumises au référendum obligatoire afin de préserver la souveraineté du peuple. La soumission de telles conventions au référendum obligatoire leur confère en outre une légitimité démocratique équivalente à celle des dispositions constitutionnelles.

Des exceptions au principe de la soumission des conventions non dénonçables au référendum obligatoire sont toutefois admissibles. Pour en établir la liste, il convient de se référer aux différents types de traités que le Conseil fédéral peut conclure seul. Ne doivent, à notre sens, pas nécessairement être soumises au référendum obligatoire les conventions non dénonçables qui ne créent pas de nouvelles obligations pour le canton ou qui ne portent pas renonciation à des droit existants, les conventions pour la conclusion desquelles une autorité a été expressément habilitée par la constitution cantonale, les conventions provisoires et urgentes, les conventions relatives à l'exécution de conventions antérieures ainsi que les

²⁰¹ BOLZ (note 199), p. 407: «Le constituant n'a cependant pas voulu exclure la possibilité de déroger exceptionnellement à l'ordre constitutionnel des compétences, ce qui élargit la marge de manoeuvre du canton dans le domaine du droit des traités transfrontaliers. Il n'est alors pas nécessaire de modifier la structure de base de la Constitution; de tels traités devront toutefois être adoptés selon la même procédure qu'une révision constitutionnelle et donc soumis à la votation obligatoire (...).».

²⁰² Voir *supra* IV.A.

²⁰³ Voir *supra* I.A.2.

conventions d'importance mineure²⁰⁴. Du moment que la plupart des traités internationaux conclus par les cantons²⁰⁵ et bon nombre de concordats intercantonaux entrent dans cette catégorie, il n'est pas exclu que les diverses exceptions forment en fait la règle!

Il résulte des remarques qui précèdent que les cantons sont tenus, en vertu d'une interprétation téléologique de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, d'exposer au référendum obligatoire certaines conventions non dénonçables auxquelles ils envisagent d'être parties. Il ne faut cependant pas surestimer la portée de cette obligation. En effet, la plupart, sinon la totalité des conventions passées par les cantons peuvent être dénoncées ou sont silencieuses sur la question de la dénonciation. Dans ce dernier cas, une application analogique de l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969²⁰⁶, paraît se justifier²⁰⁷. La dénonciation devrait ainsi être possible s'il est établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait, ou si le droit de dénonciation ou de retrait peut être déduit de la nature de la convention. Enfin, il convient de signaler que la *clausula rebus sic stantibus* peut toujours être invoquée pour se départir d'un concordat intercantonal²⁰⁸, voire d'un traité international²⁰⁹.

C. La nature du référendum

La nature du référendum conventionnel, dans les cas où cette institution s'impose aux cantons, correspond très largement à la nature du référendum constitutionnel, telle qu'elle se déduit de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale²¹⁰. Cela paraît logique dans la mesure où

²⁰⁴ Comp. JAAC 1987 n° 58 (Communication de la Direction du droit international public du DFAE et de l'Office fédéral de la justice du DFJP, dont le Conseil fédéral a pris acte, en l'approuvant, le 14 décembre 1987); AUBERT (note 8), volume II, pp. 480-481, n° 1319 et (note 156), p. 146, n° 1319; HÄFELIN/HALLER (note 37), pp. 336-337, n° 1042.

²⁰⁵ Voir spécialement YVES LEJEUNE, *Recueil des accords internationaux conclus par les Cantons suisses*, Berne et Francfort-sur-le-Main 1982.

Les conventions d'importance mineure comprennent en particulier les accords purement administratifs (cf. GRISEL [note 11], p. 344, n° 928 et les références).

²⁰⁶ RS 0.111.

²⁰⁷ Dans ce sens, LEJEUNE (note 195), p. 170.

²⁰⁸ ATF 54 I 188 ss (10 février 1928), 204-205; voir en particulier ROLF LÜDIN, *Die Anwendung von Völkerrecht in interkantonalen Konflikten*, thèse Zurich, Aachen 1996, pp. 217-227.

²⁰⁹ Voir notamment LÜDIN (note 208), pp. 214-215 et les références.

²¹⁰ Voir *supra* II.B.

l'obligation d'instituer, dans certains cas, le référendum conventionnel procède d'une interprétation téléologique de cette disposition.

Le référendum conventionnel, dans les cas où les cantons sont selon nous tenus de pratiquer cette institution, est *obligatoire* et *ordinaire*. Il revêt, de surcroît, un effet *suspensif* et *constitutif*, l'approbation des traités internationaux passés par les cantons et des concordats intercantonaux n'ayant qu'un effet déclaratif²¹¹. Cependant, le législateur fédéral peut prévoir que l'approbation ait un effet constitutif pour une réglementation intercantonale se fondant sur une compétence attribuée aux cantons par une délégation législative de la Confédération²¹².

La consultation référendaire doit, au surplus, respecter *le secret du vote*. Du moment que l'obligation d'instituer le référendum conventionnel se rattache à l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale, elle doit alors être mise en oeuvre selon les prescriptions découlant de cette disposition, notamment la liberté de vote²¹³. Au reste, il paraît logique que le droit conventionnel dérogeant à la constitution cantonale soit adopté selon une procédure au moins équivalente à celle de la révision constitutionnelle. Il paraît également logique que les normes conventionnelles non dénonçables les plus importantes, appelées – en théorie tout au moins – à occuper éternellement le sommet de la pyramide des normes cantonales, bénéficient d'une légitimité populaire sans tache.

D. L'organe référendaire

Aucun motif ne justifie de distinguer la composition de l'organe compétent en matière de référendum conventionnel de celle de l'organe constituant²¹⁴ ou de celle de l'organe compétent en matière de plébiscite et de référendum territorial²¹⁵. Ce qui vaut pour ceux-ci vaut *a fortiori* pour celui-là. Ici aussi les exigences d'universalité et d'égalité sont érigées en véritables dogmes.

Le principe majoritaire peut être mis en oeuvre selon les différentes configurations exposées à propos du référendum constitutionnel²¹⁶. Aucune raison ne justifie de traiter de manière différente des

²¹¹ LEJEUNE (note 195), pp. 160-162; HÄFELIN (note 189), p. 29, n° 95.

²¹² HANGARTNER (note 23), p. 81; HÄFELIN (note 189), p. 29, n° 95.

²¹³ Voir *supra* II.B.

²¹⁴ Voir *supra* II.C.1.

²¹⁵ Voir *supra* III.C.

²¹⁶ Voir *supra* II.C.2.

problématiques référendaires qui se différencient sinon exclusivement, du moins essentiellement par leur objet.

CONCLUSION

A. La justiciabilité de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale

La Constitution fédérale contient certaines exigences minimales concernant les institutions cantonales de démocratie directe. Les cantons sont bien évidemment tenus de se conformer à ces exigences. A défaut, la Confédération est légitimée à intervenir pour enjoindre aux cantons récalcitrants de respecter les institutions de démocratie directe prescrites par la Constitution fédérale.

Le minimum de démocratie directe que la Constitution fédérale impose aux cantons nous paraît suffisamment précis pour être justiciable. Aussi, contrairement à la doctrine unanime²¹⁷ et à la jurisprudence du Tribunal fédéral²¹⁸, estimons-nous que les citoyens d'un canton peuvent se prévaloir de «droits constitutionnels» découlant directement de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale. Les exigences résultant de cette disposition sont justiciables, en ce sens qu'elles ont un contenu normatif suffisamment déterminé pour qu'une autorité juridictionnelle puisse s'y référer et le faire respecter²¹⁹. Par ailleurs, ces exigences tendent à garantir la souveraineté du peuple et contribuent par conséquent à protéger chacun des citoyens²²⁰. Aussi leur nature n'est-elle pas purement organisationnelle ou programmatrice²²¹. Enfin, ces exigences répondent à la volonté du constituant fédéral²²², qui plus est originaire.

²¹⁷ AUBERT (note 8), volume II, p. 592, n° 1648 et (note 156), p. 182, n° 1648 et les références jurisprudentielles; AUER (note 19), pp. 70-72; WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2^e éd., Berne 1994, p. 43 et les références.

²¹⁸ Voir, à propos de l'article 5 de la Constitution fédérale, ATF 105 Ia 349 ss (13 juillet 1979), 358 et les références jurisprudentielles.

²¹⁹ Sur la notion de justiciabilité, voir spécialement KÄLIN (note 217), pp. 63-66; WALTER HALLER, *Commentaire de l'article 113 de la Constitution fédérale*, 2^e éd., in JEAN-FRANÇOIS AUBERT, KURT EICHENBERGER, JÖRG PAUL MÜLLER, RENE A. RHINOW et DIETRICH SCHINDLER (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle, Zurich et Berne 1995, p. 18, n°s 90-92.

²²⁰ Sur ce point, voir KÄLIN (note 217), pp. 59-61; HALLER (note 219), p. 18, n° 93.

²²¹ Sur cette question, voir KÄLIN (note 217), pp. 61-62.

²²² Sur ce point, voir KÄLIN (note 217), pp. 66-67; HALLER (note 219), p. 18, n° 90.

Pour l'ensemble de ces motifs, il faut considérer que les exigences minimales découlant de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale équivalent à des «droits constitutionnels», susceptibles d'être invoqués devant le Tribunal fédéral, dans le cadre du recours de droit public, ou devant l'Assemblée fédérale par le biais d'une pétition²²³, dans le cadre de la procédure de garantie des constitutions cantonales. Illustrons notre propos à l'aide de quelques exemples.

Si le Grand Conseil valaisan déclare nulles certaines initiatives conçues en termes généraux pour le seul motif qu'elles n'entrent pas «dans le domaine de la Constitution»²²⁴, il viole l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale²²⁵, mais respecte vraisemblablement l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS²²⁶. Aussi la seule façon de préserver les droits constitutionnels des citoyens est de leur permettre d'invoquer, devant le Tribunal fédéral ou l'Assemblée fédérale, les exigences minimales résultant de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.

Si la Cour constitutionnelle, une autorité judiciaire ou le parlement²²⁷ d'un canton procèdent à une interprétation créatrice de la constitution cantonale et élaborent tout un corpus de règles constitutionnelles non écrites, ils heurtent, à notre sens, le principe de la souveraineté du peuple, que consacre l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale. Ces autorités doivent se cantonner dans leur rôle d'interprètes de la constitution cantonale²²⁸. La reconnaissance de droits non écrits dans les constitutions cantonales nous semble en particulier exclue, car elle reviendrait à tourner les exigences démocratiques découlant de l'article 6

²²³ Cf. ETIENNE GRISEL, *La garantie des Constitutions cantonales – une procédure politique ou une procédure judiciaire?*, in JEAN-MARC RAPP et MICHEL JACCARD (éd.), *Le droit en action, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion du Congrès commun de la Fédération Suisse des Avocats et de la Société Suisse des Juristes des 7 et 8 juin 1996*, Lausanne 1996, pp. 163-175, 165.

²²⁴ Voir *supra* I.A.2.c.

²²⁵ Dans le message du Conseil fédéral, il est clairement indiqué que l'article 100 al. 3 ch. 4 Cst. VS ne saurait, en vertu de l'article 6 al. 2 let. c Cst. féd., être appliqué aux initiatives conçues en termes généraux (FF 1995 I 957 ss [2 novembre 1994], 981-982).

²²⁶ Voir FF 1995 I 981 en bas.

²²⁷ L'«interprétation authentique» des dispositions constitutionnelles par le parlement est prévue par quelques constitutions cantonales (articles 70 ch. 2 Cst. OW et 61 ch. 5 Cst. NW; cf. spécialement DAVID JENNY, *Zur Lehre und Praxis der authentischen Interpretation*, RDS 1987 I 213-240).

²²⁸ Dans ce sens à propos de l'«interprétation authentique» de la constitution cantonale par le parlement, JENNY (note 227), p. 220 et les références doctrinales. ANDREAS AUER paraît plus «optimiste» à l'endroit d'une jurisprudence constitutionnelle autonome dans les cantons pourvus d'une Cour constitutionnelle ou d'une autorité judiciaire comparable (AUER [note 110], pp. 22-23, n° 17).

al. 2 let. c de la Constitution fédérale et représenterait de ce fait une révision matérielle de celle-ci. Chaque citoyen a intérêt à ce que ces exigences soient sauvegardées. Aussi un recours de droit public peut-il, en cas d'interprétation extensive de la constitution cantonale, être formé contre un arrêt de la Cour constitutionnelle ou d'une autorité judiciaire exerçant une fonction similaire, voire contre un arrêté du parlement pris dans le cadre de l'«interprétation authentique». Dans un tel recours, le grief n'est autre que la violation de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.

Lorsque la liberté de vote est invoquée à propos d'une procédure de révision de la constitution cantonale, le seul fondement exprès de cette liberté dans la Constitution fédérale se trouve à l'article 6 al. 2 let. c²²⁹. Dans un tel cas, le grief du recours de droit public est à nouveau la violation de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale.

Enfin, le fait de ne pas soumettre au référendum obligatoire les conventions contraires à la constitution cantonale ou certaines conventions non dénonçables viole selon nous le principe de la souveraineté du peuple, tel qu'il ressort de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale²³⁰. Un recours de droit public pour violation de cette disposition peut, à notre avis, parfaitement être formé.

Les exemples pourraient être multipliés. Cela ne nous paraît pas nécessaire tant il nous semble que rien ne s'oppose à considérer les exigences minimales résultant de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale comme des «droits constitutionnels des citoyens».

B. Quelques réflexions prophylactiques

Les institutions de démocratie directe imposées aux cantons par la Constitution fédérale ne constituent qu'un standard minimal, que les cantons ont largement dépassé sur bien des points²³¹. Toutefois, la quasi-totalité des constitutions cantonales²³² ne prévoient pas expressément le plébiscite et le référendum territorial. Si un canton est, par hypothèse, impliqué dans un processus de création d'un canton ou de cession d'un territoire, il ne pourra pas se dispenser de pratiquer le plébiscite ou le référendum territorial et ne sera pas légitimée à se retrancher derrière le

²²⁹ Voir *supra* II.B.

²³⁰ Voir *supra* IV.B.

²³¹ Pour s'en convaincre, voir en particulier GRISEL (note 11), pp. 190-202 et 333-364, n^{os} 470-509 et 892-983.

²³² Voir cependant l'article 61 al.1 let d Cst. BE; cf. BOLZ (note 199), pp. 407-408.

silence de son ordre juridique pour se contenter d'une décision favorable du gouvernement ou du parlement.

Au surplus, le référendum conventionnel obligatoire demeure une institution de démocratie directe peu pratiquée par les cantons²³³. Aussi convient-il, à notre avis, de considérer la plupart des ordres juridiques cantonaux comme potentiellement lacunaires et, au besoin, de les compléter à l'aide des institutions de démocratie directe conventionnelle que nous avons déduites de l'article 6 al. 2 let. c de la Constitution fédérale²³⁴. Au reste, l'institution du référendum conventionnel nous paraît, d'une manière générale, insuffisamment développée dans la plupart des cantons²³⁵.

Enfin, le secret du vote demeure bafoué dans les cantons connaissant la Landsgemeinde. En cette fin du XX^e siècle, il est grand temps de sauvegarder un tant soit peu ce secret, à tout le moins pour les scrutins cantonaux les plus importants²³⁶.

Il n'en demeure pas moins que la souveraineté du peuple est très largement garantie dans les cantons. Il ne viendrait à l'idée de personne de supprimer l'initiative ou le référendum en matière constitutionnelle. Une certaine vigilance est néanmoins de mise, car la menace se fait plus sournoise. L'initiative «générale» ou «de type unique»²³⁷, de même que la faculté accordée au parlement de déterminer les «domaines constitutionnels»²³⁸ sont autant de moyens de museler la volonté populaire. Qu'advient-il de cette volonté lorsqu'un canton se bornera à pratiquer l'initiative conçue en termes généraux tout en habilitant le Grand Conseil à censurer les initiatives qui, selon lui, ne tombent pas dans le «domaine de la Constitution»? Les citoyens de ce canton n'auront plus véritablement accès à leur constitution. L'adage «e populo ad populum» deviendra alors un vain mot...

²³³ Voir *supra* IV.B.1.

²³⁴ Voir *supra* IV.

²³⁵ Dans le même sens, SCHWEIZER (note 28), pp. 156-157.

²³⁶ Voir *supra* II.B., III.B. et IV.C.

²³⁷ Voir *supra* I.E.

²³⁸ Voir *supra* I.A.2.c.